
WIDENER LIBRARY
HX GFDN V


SIGILLVM ACADEMIAE HARVARDIANAE IN NOV ANG
CHRISTO ET ECCLESIAE
VE RI TAS





Ausführliche Erläuterung der Pandecten nach Hellfeld ein Commentar

von

D. Christian Friedrich von Glück

Geheimen Hofrathe und ordentlichem Lehrer der Rechte an der Friedrich-Alexanders Universität in Erlangen, Ritter des Civil-Verdienst-Ordens der bayer. Krone.

Nach des Verfassers Tode fortgesetzt

von

D. Christian Friedrich Mühlenbruch

Geheimen Justizrathe und ordentlichem Lehrer der Rechte an der Georg-Augustus Universität in Göttingen, Ritter des rothen Adler-Ordens dritter Klasse.

Sieben und dreyßigster Theil.

Erlangen

in der Palm'schen Verlagsbuchhandlung.

1833.

Fortsetzung des Titels:

De liberis et postumis heredibus instituendis vel exheredandis.

---

§. 1421. i.

Prätorisches Notherbenrecht *).

Dem Notherbenrecht der sui heredes stand das prätorische Notherbensystem zur Seite, hier, wie immer, das

*) Ausser den bessern exegetischen Schriftstellern zu den Pandectentiteln *de bonorum possessione contra tabulas* (XXXVII. 4.) und *de legatis praestandis, contra tabulas bonorum possessione petita* (XXXVII. 5.) sind hier noch folgende Schriften zu bemerken: *Guil.* MARANUS Paratitla ad Titt. Dig. de b. p. c. t. et de leg. praest. (in opp. ed. *C. H.* TROTZ p. 363—378.) *Joh. Fernand. de* RETES Adversaria de b. p. c. t. und ad Tit. de legat. praestandis (in *Ger.* MEERMANI Thesauro jur. civ. et canon. Tom. VI. p. 494—522.) — *Fr. Guil. Car.* SARTORIUS Diss. de p. p., quam c. tab. parentum liberi agnoscant. Lips. 1775. 4. — *Aug. Guil.* FOERSTER de b. p. liber. praeteritorum c. tabb. parentum (Vratisl. 1823. 8.) Partic. posterior. p. 137—461. — J. C. Bluntschli Entwickelung der Erbfolge gegen den letzten Willen (von 1829) §. 8—14. S. 60—117. — W. Francke das Recht der Noth-

Civilrecht auf zeitgemäße Art fortbildend, es bald erweiternd, bald beschränkend, ohne jedoch das Grundprinzip desselben ganz zu zerstören[1]).

Nach dem prätorischen Edict müssen nicht blos sui heredes, sondern alle zur bon. posesssio intestati gerufenen Descendenten gehörig enterbt oder eingesetzt werden[2]). Das Rechtsmittel, wodurch dies prätorische Noth-

erben und Pflichttheilsberechtigten (Göttingen 1831) §. 10—13. S. 121—163. — Eine erschöpfende Darstellung der Lehre von der contra tabulas bonorum possessio kann natürlich noch nicht erwartet werden. Der Zweck ist hier nur darauf gerichtet, daß die späteren Rechtsänderungen in Beziehung auf das Notherbenrecht, welche in diesem Titel erörtert werden müssen, vollständig erkannt werden können. Auch für diesen Zweck ist dasjenige völlig ungenügend, was sich hierüber in dem VII. Bde. d. Commentars §. 551. S. 289 u. 290. und S. 212 u. 13. findet.

1) M. s. z. B. L. 12. §. 1. D. *de B. P.* (XXXVII. 1.) „Ubicunque Lex, vel Senatusconsultum, vel Constitutio capere hereditatem prohibet, et bonorum possessio cessat. — L. 4. §. 2. D. *de B. P. contra tabb.* — MARANI Paratitla ad Tit. de B. P. c. t. p. 364. col. B. — In den Quellen werden, wenn von Notherben die Rede ist, welche nicht sui sind, gewöhnlich nur Emancipirte, gewissermassen als Repräsentanten dieser Notherben genannt. Dieß wird, der Kürze halber, auch in der folgenden Darstellung geschehen.

2) L. 1. pr. und §. 6. D. *de B. P. c. tabb.* — L. 1. §. 6. D. *si tabulae tastamenti nullae extabunt unde liberi.* — §. 12. *J. de heredit. quae ab int.* — Die schon von älteren Schriftstellern (z. B. von MARANUS l. l. p. 363. in f. sqqu.) vertheidigte, besonders aber bei den Neuern (z. B. bei v. Löhr in dem von v. Grolman und ihm

erbenrecht geschützt wird, ist die contra tabb. bon. possessio, welche von allen dazu Berufenen binnen der Zeit und in der Folge angenommen werden muß, wie die b. p. intestati unde liberi [3]), also binnen eines utilis annus [4]), und so, daß die nächsten Descendenten desselben Stammes den entfernteren vorgehen [5]), jedoch mit

herausgegebenen Magazin für Rechtswissenschaft und Gesetzgebung III. Bd. S. 254 fgg., — Francke Notherbenrecht §. 10. S. 121 fgg.; vgl. auch FOERSTER l. l. p. 142. not. 7. p. 145 sq. not. 10. und HAUBOLD Epicrisis ad Heineccii Antiquitatt. roman. Syntagma p. 941. ad Tit. de B. P. §. 1. u. 2.) sich findende Ansicht, daß nicht — wie gewöhnlich angenommen wird (auch noch von v. Savigny über das Interdict quorum bonorum, in der Zeitschrift für geschichtliche Rechtswissenschaft S. 14 fg., und Bluntschli a. a. O. §. 9. S. 67.) — diese B. P. für die in väterlicher Gewalt sich nicht befindenden Descendenten zuerst eingeführt sey, sondern gerade umgekehrt ursprünglich den Zweck gehabt habe, dem Civilerben zum Besitz des Vermögens zu verhelfen, scheint mir durch das, was bisher dafür vorgebracht ist, keineswegs hinreichend begründet. Indessen mag dieß, als unserem gegenwärtigen Zwecke fremd, auch hier noch auf sich beruhen bleiben. Vgl. Bd. XXXV. d. Commentars S. 353. Note 22.

3) L. 1. §. 1. D. *de B. P. c. tabb.* „Vocantur ad c. t. b. p. liberi eo jure eoque ordine, quo vocantur ad successionem ex jure civili". — SARTORIUS Diss. cit. p. 55 sqq.

4) L. 1. §. 12. D. *de successorio edicto* (XXXVIII. 9.) §. 9. Inst. *de B. P.* — FOERSTER l. l. §. 95. (p. 331.) und §. 98. (p. 335 sqqu.)

5) L. 4. §. 1. L. 6. §. 1. D. *de B. P. c. tabb.* — Ein Gleiches gilt denn auch von dem modus succedendi: Enkel

der (ebenfalls für die b. p. unde liberi geltenden) Modifikation, daß die in der Gewalt des Großvaters zurückgebliebenen Enkel mit ihrem aus derselben herausgegangenen Vater zur Hälfte concurriren[6]).

Die Bedingung nun der contra tabb. b. p. ist, daß Notherben präterirt seien, jedoch in einem Testamente, dem sonst zu seiner Giltigkeit nichts fehlt, woraus also, wären nicht die Notherbenrechte verletzt, die Erbschaft erworben, oder eine wirksame sec. tabb. b. p. nachgesucht werden könnte. Fehlt mithin ein sonstiges Erforderniß zu einem rechtsgiltigen Testamente, z. B. die Form, oder die Testamentsfähigkeit, — oder aber sind die eingesetzten Erben vor des Testirers Tode sämmtlich wieder weggefallen: so bedarf es der b. p. contra tabb. überall nicht, es tritt vielmehr die reine Intestaterbfolge ein[7]).

bekommen zusammengenommen eine Stammportion. L. 8. §. 14. D. *de B. P. c. tabb.* — „Praetori propositum est, quum c. t. b. p. dat, eas partes unicuique liberorum tribuere, quas intestato patre mortuo in hereditate habiturus esset, si in potestate mansisset.“ — L. 12. pr. *eod*, — L. 1. §. 9. D. *de conjungendis cum emancipato liberis.* (XXXVII. 8.)

6) Der Urheber dieser, unter dem Namen der nova clausula bekannten Bestimmung war der bekannte Jurist Salvius Julianus (unter Hadrian). Die Rubrik des davon handelnden Pandecten-Titels: *de conjungendis cum emancipato liberis* (XXXVII. 8.) drückt den wesentlichen Inhalt dieses Zusatzes zum Edict aus. — M. vgl. über diese nova clausula Koch b. possessio §. 8. S. 114 — 118. Glück Intestaterbfolge §. 95. S. 355 — 357. (der 2. Aufl.). Vor allen aber Foerster l. l. §. 53 — 58. p. 259 sqqu.

7) L. 19. D. *de B. P. c. tabb.* — L. 7. §. 6. D. *de Car-*

Ist indessen beim Ableben des Testirers ein, auch nur nach prätorischem Recht formell giltiges Testament vorhanden, so wird die c. t. b. p. gegeben, auch wenn der eingesetzte Erbe später wieder weggefallen ist, sey es daß er mit Tode abging, oder die Erbschaft ausschlug, oder die Bedingung nicht eintrat, unter welcher er eingesetzt war, oder daß ein zum Erben eingesetzter Postumus gar nicht erschien[8]. Denn dadurch insonderheit unterscheidet sich die c. t. b. p. von der querela inofficiosi testamenti, daß diese gegen die Person des eingesetzten Erben zu richten ist, die erstere dagegen wider das Testament selbst[9]; m. a. W. die c. tabb. b. p. ist den dazu Berufenen mit dem Augenblick eröffnet, wo der Testirer stirbt[10]; es ist also an sich gleichgiltig, ob der ein-

boniano Edicto. — Sartorius Diss. cit. p. 35 sq. — Foerster l. l. §. 80. 81. p. 309 sqqu. — Vgl. auch Bd. XXXVI. d. Commentars p. 327. Note 18.

8) L. 4. pr. D. *de B. P. c. tabb.* L. 19. *eod.* — L. 8. §. 5. *eod.* — „Sed si post mortem testatoris decesserint heredes scripti, Marcellus putat, *contra tabb. bonorum possessionem semel natam competere.* Sed etsi defecerit conditio institutionis, adhuc tantundem dicit, praeteritum ab eo gradu filium c. tabb. b. possessionem petiturum. Idem scribit, etsi postumus, qui institutus fuit, non fuerit natus; nam adhuc c. t. b. possessionem competere filio, Marcellus ait.“ — Maranus ad Tit. D. *de B. P. c. tabb.* p. 365. u. p. 367. *de* Retes Adversaria ad eund. Tit. Cap. I. §. 2. Foerster l. l. §. 83 — 85. p. 313 sqqu.

9) L. 4. pr. in f. D. *de B. P. c. tabb.* „Et hoc est quod dicimus, contra ipsum testamentum liberis competere b. possessionem.“ L. 19. D. *eod.* — S. Bd. XXXV. d. Commentars S. 355. Note 27. 28.

10) Anders verhält es sich mit der Querel, „quoniam non

gesetzte Erbe antritt oder nicht, da auch im letzten Falle die b. p. mit ihren eigenthümlichen Wirkungen begründet ist.

An und für sich betrachtet ist also die c. t. b. p. nicht, wie die Inofficiositätsquerel, ein wider die Person des eingesetzten Erben gerichtetes Rechts- und Impugnationsmittel; sie nimmt aber diesen Charakter an, sofern mit ihr die hereditatis petitio possessoria (d. h. die dem b. possessor zustehende hereditatis petitio) verbunden ist [11]. Sie hebt das Recht des eingesetzten Erben in der Regel vollständig auf [12], selbst dann, wenn nicht alle gleichberechtigte Notherben ihr Recht geltend machen, wo denn deren Intestaterbtheile (wie bei der querela inoff. testamenti [13]) jure accrescendi an die übrigen kommen [14]. Aber auch der Theil des Enterbten fällt denen zu, welche die b. p. erhalten haben [15]; denn der giltig Enterbte selber kann sie nicht nachsuchen [16], der

adita hereditate nec nascitur querela." L. 8. §. 10. D. *de inoff. testamento.*

11) S. Bd. XXXV. d. Commentars S. 353 fg.

12) L. 13. pr. D. *de B. P. c. tabb.* — Bd. XXXV. d. Commentars S. 354. Vgl. Bd. XXXVI. S. 328.

13) Davon s. Bd. XXXV. S. 399—421. (Nr. 3.)

14) §. 9. Inst. *de B. P.* L. 5. D. *de B. P.* — L. 12. pr. D. *de B. P. contra tabb.* L. un. C. *quando non petentium partes petentibus accrescant* (VI. 10.). — Foerster l. l. §. 100.

15) L. 10. §. 4. et 5. L. 20. pr. D. *de B. P. c. tabb.* — S. Bd. XXXV. des Commentars S. 395. Note 12., Bd. XXXVI. S. 337 fg. — Foerster l. l. §. 99. 100. p. 338 sqqu., §. 120. p. 376 squ.

16) L. 8. pr. L. 10. §. 4. 5. L. 20. pr. D. *de B. P. c. tabb.* — S. auch L. 1. §. 5. in f. *de conjungendis cum eman-*

Theil desselben bleibt aber auch nicht, wie der Fall war, wenn die Querel angestellt wurde, bei dem eingesetzten Erben, da die c. tab. b. p. das Testament selbst zerstört und die sec. tab. b. p. regelmäßig ganz ausschließt [17].

Doch erhält in folgenden Fällen der Enterbte den ihm gebührenden Intestaterbtheil:

1) wenn die eingesetzten Erben nicht antreten, wodurch denn die Enterbung ihre Wirkung verliert, folglich die Intestaterbfolge eröffnet ist [18].

Zwar wird durch Destitution des Testaments an und für sich noch keineswegs bewirkt, daß nicht gegen dasselbe die b. p. contra tabb. gegeben werde, sondern die reine Intestaterbfolge eintrete (s. oben S. 7.); allein

cipato liberis: „nam exheredatus pro mortuo habetur." — S. Bd. XXXV. d. Comment. S. 394. Not. 11. — Foerster l. l. §. 132. p. 199 sqqu.

17) Allerdings giebt es Fälle, wo neben der c. t. b. p. des Einen die Erbeinsetzung des Andern aufrecht erhalten wird; (m. s. z. B. die in L. 14. pr. D. *de B. P. c. t.* und L. 15. §. 1. *de legatis praestandis* erwähnten Fälle, welche weiter unten zur Sprache kommen werden). Auch ist eine Inconsequenz in das prätorische Erbsystem durch die Einmengung des civilrechtlichen juris accrescendi gekommen, welches bekanntlich in den Fällen eintrat, wenn andere Notherben als Söhne präterirt waren. (Gaji Institt. Lib. II. §. 126. L. 4. pr. Cod. *de liberis praeteritis.* — Vgl. auch Bd. XXXVI. S. 343 fg.). Indessen mit dem Recht eines Exheredirten stehen diese Abweichungen von der Regel in keiner Verbindung.

18) L. 20. pr. D. *de B. P. c. tabb.* — Foerster l. l. §. 133. Francke Notherbenrecht S. 141. — Bd. XXXVI. des Commentars S. 420. u. 425.

den civilrechtlichen Grundsatz: exheredatio non adita hereditate nullius momenti est, konnte und wollte der Prätor nicht aufheben. Doch darf dieß freilich nicht so verstanden werden, als wenn der Enterbte nunmehr schlechthin für präterirt zu halten, folglich zur c. t. b. p. berufen sey; davon blieb er durch die Enterbung ausgeschlossen, indem es aus der Beschaffenheit des Testaments zur Todeszeit des Erblassers bestimmt wird, wer zur b. p. berechtigt ist, und darauf der Umstand, ob der eingesetzte Erbe die Erbschaft antritt oder nicht, von keinem Einfluß ist [19]). So kann es denn geschehen, daß mit der für den Enterbten in Folge der wirkungslos gewordenen Enterbung eintretenden Intestatsuccession die b. p. c. t. eines Präterirten concurrirt, und zwar unbeschadet der mit dieser verknüpften eigenthümlichen Wirkungen:

— L. 20. pr. D. *de bon. p. contra tabb.* (Tryphoninus Lib. XIX. Disputt.) Filium, quem in potestate habebat, exheredavit, emancipatum praeteriit. Quaesitum est; quatenus (auf den wie vielten Theil) emancipatus b. possessionem habiturus sit? Dixi: si scripti heredes extranei adierint hereditatem, repellendum esse filium, qui mansit in potestate (weil nämlich durch Antretung die Enterbung bestätigt wird). Quod si hi repudiaverint hereditatem, quod facile sunt facturi, nihil laturi ex hereditate, propter eum, qui c. t. accepit b. possessionem (d. h. indem sie ja doch nichts von der Erbschaft erhalten, wenn sie auch antreten, da die c. t. b. p. das Recht der eingesetzten Erben zerstört), filius ab intestato patri suus heres deprehendetur, emancipatus autem petens c. t.

19) L. 4. pr. D *de B. P. c. tabb.*

b. possessionem solus habebit b. possessionem (d. h. auf der einen Seite findet sich hier ein Sohn, welcher als suus heres Erbe der väterlichen Verlassenschaft ab intestato ist, auf der andern Seite einer der, als allein zur c. t. b. p. berufen, mittelst derselben das Ganze erhält[20]). *Sed quum exheredatio non adita hereditate ex testamento nullius sit momenti*, ideoque non obstare eam, nec quominus c. t. libertorum patris[21]) accipiat b. possessionem, Julianus recte

20) Dieser Gegensatz enthält das Problem, dessen Lösung im folgenden Theile der Stelle versucht wird: Es stehen, will Tryphonin sagen, das Civilrecht und das prätorische Erbsystem einander gegenüber. Nach dem ersten schließt der suus heres den emancipirten Bruder, nach dem letzten schließt dieser jenen aus, da der Emancipirte allein zur B. P. gerufen ist, indem Enterbte davon ausgeschlossen sind. — Durch diese Antithese wird übrigens die Sache allzusehr auf die Spitze gestellt, wie dies Tryphonin überhaupt liebte (m. s. z. B. L. 9. pr. D. de rebus dubiis (XXXIV. 5.), und die Erklärung dazu im Archiv f. civilist. Praxis Bd. IV. S. 1414 fgg.). Denn das Recht des suus heres ist ja allemal beschränkt durch die Concurrenz mit einem, nicht ausgeschlossenen, prätorischen Notherben, mag ein durch c. t. b. p. zu rescindirendes Testament in der Mitte liegen oder nicht; und umgekehrt kann eine b. p. des Emancipirten demselben nur seinen Intestaterbtheil verschaffen, wenn die Enterbung des suus heres als nicht vorhanden betrachtet wird. Darauf geht denn auch im Wesentlichen die Entscheidung hinaus.

21) Bei Haloander fehlt das libertorum und auch bei Russardus ist es durch das Zeichen || || eingeschlossen. (S. Bd. XXXVI. des Commentars S. 369. Note 21.) Allein das *libertorum* (wie mit der Flor. die meisten

responderit, ne testamentum per omnia irritum ad notam exheredationis solam profecisse videatur [22]): redit res ad intestati exitum, ut adversus filium

Editt. lesen, auch Cod. Lips. Senator. bezieht sich darauf, daß der Enterbte, wenn die eingesetzten Erben aus dem väterlichen Testamente die Erbschaft nicht antreten, sein volles Intestaterbrecht behält, folglich auch die Befugniß, wider das Testament eines väterlichen Freigelassenen die c. t. b. p. nachzusuchen. In der Regel ging nämlich auch das den Kindern des Patrons an dem Vermögen ihres Vaters zustehende Erbrecht durch Enterbung verloren (L. 10. §. 1. L. 11. D. *de bonis libertorum* (XXXVIII. 2.) — Vgl. L. 12. §. 1. *eod.*) So wie nun die Wirkung der Enterbung in Ansehung des väterlichen Testaments wegfiel, wenn die eingesetzten Erben nicht antraten, eben so wurde dadurch auch das Erbrecht gegen die Freigelassenen wieder wirksam. L. 12. §. 5. D. *de bonis libertorum*: „Ex testamento, ex quo neque adita hereditas est, neque petita b. possessio, liberis exheredatio non nocet; absurdum est enim in hoc tantum valere testamentum, ut exheredatio vigeat, quum alias non valeat." Daß nun hiervon unsere Stelle eine Anwendung erhält, ergiebt ihr ganzer Zusammenhang sogar mit Nothwendigkeit, da der Enterbte hier überall nicht als b. possessor, sondern als reiner Intestaterbe erscheint. Vgl. DE RETES Advers. ad Tit. de B. P. c. tabb. Cap. II. §. 3.

22) Der Sinn ist: Ein seinen wesentlichen Theilen nach zerstörtes Testament kann auch in Ansehung der darin ausgesprochenen Enterbung seine Giltigkeit nicht behalten. Uebrigens ist der Ausdruck *per omnia irritum* hier nicht genau und darf nur auf die Erbeinsetzung bezogen werden, da nach §. 2. der Stelle dem Emancipirten für seinen Antheil die Zahlung der Vermächtnisse an die personas conjunctas obliegt.

suum ex asse heredem, ab intestato patre emancipatum Praetor in parte dimidia tueatur (d. i.: dem wesentlichen Resultate nach tritt hier die Intestatsuccession ein, indem der Enterbte, welcher nach Civilrecht heres ex asse seyn würde, die Hälfte, der prätorische Noth-erbe die andere Hälfte bekommt). Erit ergo venale beneficium scripti heredis extranei, ut, quum ipse jure hereditatis nihil sit consecuturus, adeundo repellat filium in potestate relictum, praestetque assem emancipato filio jure c. t. bonorum possessionis; si autem omiserit hereditatem; in portionem bonorum exheredatum effectum [23]) admittet jure factum solum suum heredem. (Dieser Satz enthält eine bloße Nebenbemerkung: Von dem eingesetzten Erben und dessen ebenfalls erkäuflicher Gunst (will Tryphonin sagen) hängt es ab, ob der Enterbte ganz ausgeschlossen, oder ob er zur Hälfte zugelassen wird. Die wiederholte Hinweisung

23) Cujacius will hier lesen effectu (Observatt. Lib. III. Cap. XV.), und Contius bemerkt, daß er diese Lesart in einer sehr zuverlässigen Handschrift gefunden habe, (s. die Marginalbemerkung zu dieser Stelle in der Contiusschen Ausgabe des Corpus juris: „Sunt qui legant effectu, ut juri opponatur. Sane ita scriptum reperi in uno fidelissimo exemplari"). Auf ähnliche Weise will *Jac.* Raevertus (Variorum Lib. IV. Cap. VIII. in opp. p. 664.) mittelst einer Transposition des Buchstaben m lesen: *in* effectu. Indessen paßt dies nicht wohl zu dem Gedanken, welchen Tryphonin hauptsächlich ausdrücken will, daß nämlich durch Omission des eingesetzten Erben der suus heres, welcher sonst gar nichts bekommen würde, die Hälfte erhalte; Redensarten aber, wie exheredatus effectus oder factus finden sich auch an andern Stellen. S. Bd. XXXIV. des Commentars S. 397. Note 85.

darauf, daß der Enterbte nach Civilrecht (jure) auf das Ganze ein Recht habe, ist hier übrigens nicht bloß überflüssig, sondern für den logischen Zusammenhang sogar störend. Doch hat dieß wieder auf die Fassung des folgenden Satzes Einfluß gehabt). „Sed quemadmodum Praetor emancipatum tuetur, si adita non fuerit hereditas, ita nec filius, qui in potestate remansit, aditione adhibita, in totum expellendus erit, sed ad hereditatis petitionem admittendus est ex causa inofficiosi querelae contra emancipatum movendae.“ (Der Hauptgedanke dieses Satzes ist: Auch wenn die eingesetzten Erben durch Antretung es dem Enterbten unmöglich machen, auf die obige Weise seinen Intestaterbtheil zu erhalten, so bleibt ihm doch noch das Mittel übrig, wegen liebloser Enterbung die querela inofficiosi testamenti wider seinen Bruder anzustellen, welcher durch b. p. das Ganze erhalten hat[24]).

2) Auch wenn wegen Präterition eines suus heres die reine Intestaterbfolge eröffnet ist, wird der Enterbte (gleichviel, ob er ebenfalls civilrechtliches, oder nur prätorisches Notherbenrecht hat) zur Intestaterbfolge gelassen[25]). — Zwar schließt die Präterition eines suus heres die c. t. b. p. noch keineswegs aus, indem ja der

24) Vgl. Bd. XXXV. d. Commentars S. 356. — Bluntschli Erbfolge gegen den letzten Willen S. 106.

25) L. ult. D. *h. t.* „Si, filio emancipato exheredato, is, qui in potestate est, praeteritus sit, ipse quidem emancipatus, si contra tabulas petat, nihil agit, ab intestato autem et suus, et emancipatus venient.“ L. 1. §. fin. *si tabulae testamenti nullae extabunt.* (XXXVIII. 6.) — S. Bd. XXXV. d. Commentars S. 394. Note 11. Nr. b., Bd. XXXVI. S. 338.

Prätor ein solches Testament nicht für ein eigentlich nichtiges erklärt, falls es nur die prätorische Form hat, und, stände nicht der präterirte Notherbe im Wege, eine wirksame sec. t. b. p. daraus geben würde [26]); m. a. Worten: nach dem prätorischen Rechte ist die Erbeinsetzung nicht null und nichtig, sondern es geht dem eingesetzten Erben nur der zur c. t. b. p. Gerufene vor. Da indessen die b. p. des präterirten Civilerben keine necessaria, sondern nur eine utilis (nach dem Sprachgebrauche der Neueren [27])) ist, derselbe auch sein Civilrecht an der Stelle behält, an welcher er zur b. p. berufen ist [28]): so ist durch ihn die Intestaterbfolge eröffnet, die ihre Wirkungen denn auch auf andere Intestaterben erstreckt, soferne nicht durch das Edikt oder dessen Interpretation besondere Einschränkungen eingeführt sind [29]). Da diese Einschränkungen aber insgesammt darin ihren Grund haben, daß die mit dem präterirten suus concurrirenden Intestaterben auch auf andere Weise, als durch Anschließen an die Intestaterbfolge zur Erbschaft gelangen können, nämlich entweder durch c. t. b. p. oder durch Antretung der Erbschaft aus dem Testamente, — so leiden sie begreiflich auf einen Enterbten keine Anwendung.

In den übrigen Fällen also, und wenn er nicht etwa mit der Inofficiositätsquerel siegt, ist und bleibt der

26) S. Bd. XXXV. d. Commentars S. 327. Note 18.

27) S. Sartorius diss. cit. p. 24. in f. sq. Koch B. P. §. 18. S. 221. Weber zu Höpfners Commentar §. 657. — Vgl. Hugo's Geschichte d. röm. Rechts S. 612. d. 11. Ausg.

28) L. 10. D. *de collatione bonorum* (XXXVII. 6.) — Bd. XXXVI. S. 312. 313. Note 87. d. Commentars.

29) L. 14. pr. D. *de legatis praestandis*.

Enterbte ausgeschlossen. Dagegen kann auch selbst ein eingesetzter Notherbe die c. t. b. p. nachsuchen, wenn andere Notherben neben ihm übergangen sind (commisso per alium edicto): si quis ex liberis heres scriptus sit, ad c. t. b. p. vocari non debet; quum enim possit sec. t. habere b. p., quo bonum est, ei c. t. dari? *Plane si alius committat edictum, et ipse ad. c. t. possessionem admittetur*"[30]). Sie sind also nicht eigentlich zur b. p. gerufen (will Ulpian sagen), sondern nur wegen des Rechts anderer Notherben, wird sie auch ihnen angeboten. — Allein ist ihnen das Recht einmal eröffnet, so hängt es nun auch davon nicht ab, daß der Präterirte selber die b. p. nachsuche, sondern noch ehe dieß geschieht, ja wenn es auch gar nicht geschieht, kann der Eingesetzte sie erhalten[31]). Vortheilhaft kann ihm dieses Recht dadurch werden, daß er das Ganze erhält, wenn der Präterirte auf sein Recht verzichtet, oder doch seinen vollen Intestaterbtheil, wenn er etwa auf weniger eingesetzt seyn sollte[32]). Unterlassen beide die Nachsuchung der b. p., so bleibt natürlich die testamentarische Bestimmung ganz bei Kräften. Wenn nur der Präterirte sie nachsucht, so bleibt der eingesetzte Notherbe auf den ihm im Testamente ausgesetzten geringeren Erbtheil eingeschränkt; mehr als seinen Intestaterbtheil aber kann er nicht erhalten, wenn ihm auch mehr

30) L. 3. §. 11. D. *de B. P. c. tabb.* — Foerster l. l. p. 277. not. 3. und p. 291 sqqu. (§. 78. 79.).

31) L. 10. §. 6. D. *de B. P. c. tabb.* — — „quum enim semel beneficio aliorum ad id beneficium fuerint admissi, jam non curant, petant illi, nec ne B. Possessionem."

32) L. 8. §. 14. D. *de B. P. c. tabb.*

im Testamente hinterlassen seyn sollte[33]. — Ist nun der Eingesetzte ein suus, der Präterirte ein Emancipirter, so muß von beiden die b. p. innerhalb der prätorischen Frist nachgesucht werden, sonst bleibt es bei der testamentarischen Anordnung; denn da hier dem suus heres die b. p. nicht selbstständig, sondern nur aus dem Rechte eines Andern angeboten ist, so kann er sich nicht auf sein Civilrecht berufen. Wenn dagegen ein suus präterirt und ein Emancipirter eingesetzt wird, so ist nunmehr der Präterirte wenigstens an die prätorischen Fristen überall nicht gebunden, und auch der eingesetzte prätorische Notherbe kann sich der durch den präterirten suus eröffneten Intestaterbfolge anschließen[34], obgleich er dadurch keineswegs von allen testamentarischen Verbindlichkeiten befreiet wird[35].

Die c. t. b. p. also hebt das Recht des eingesetzten Erben auf; von sonstigen Anordnungen des Testaments kann manches bei Kräften bleiben. Retes stellt hierüber folgende Regel auf: „Bonorum possessio rescindit omnem dispositionem de bonis defuncti. Reliquas vero, quae ad diminutionem patrimonii non spectant, illaesas relinquit“[36]. Diese Regel ist aber sehr ungenau, da ja auch manche Zuwendungen aus dem Vermögen des Testators aufrecht erhalten werden. Richtiger sagt man

33) L. 14. pr. D. *de B. P. c. tabb.* — L. 15. §. 3. D. *de leg. praestandis.*

34) Arg. L. ult. D. *h. t.*

35) L. 17. D. *de injusta, rupto, irrito facto testamento* (XXVIII. 3.) — L. 14. pr. D. *de B. P. c. tabb.* — L. 16. D. *de leg. praestandis.* — S. Bd. XXXVI. S. 326—336. d. Commentars. Vgl. unten S. 32 fg., Nr. 3.

36) *Joh. Fern. de* Retes Adversarior. ad Tit. D. de B. P. c. tabb. Cap. VII. §. 2.

daher: durch c. t. b. p. wird das Testament seinem ganzen Inhalte nach zerstört, in so weit nicht ausnahmsweise einzelne Bestimmungen desselben giltig bleiben[37]). Dahin gehören

1) Pupillarsubstitutionen und die dem Substituten rechtsbeständig auferlegten Vermächtnisse[38]); doch darf

37) Marani paratitla ad Tit. *de B. P. c. t.* p. 377. Col. B. Foerster l. l. §. 131.

38) L. 34. §. 2. D. *de V. et P. S.* (XXVIII. 6.) L. 5. pr. D. *de legat. praest.* Vgl. Sartorius diss. cit. p. 71 sq. — Giltig sind übrigens dergleichen Vermächtnisse nur, wenn entweder der Pupill selber, oder doch der Substitut die väterliche Verlassenschaft in Folge der Anordnung des Vaters erhält und von derselben die Quarte nach Abrechnung des Werthes der Vermächtnisse frei hat. L. 24. Cod. *de legatis* (VI. 37.). — L. 11. §. 8. L. 87. §. 7. D. *ad Leg. Falcid.* (XXXV. 2.). — Daß übrigens, wie Francke (Notherbenrecht S. 143 und 157.) behauptet, dem Substituten eines enterbten Pupillen keine Vermächtnisse auferlegt werden dürften, ist geradezu wider die deutliche Bestimmung der L. 11. §. 8. D. *ad Leg. Falcid.*; nur muß alsdann der Substitut auch im väterlichen Testamente zum Erben ernannt seyn. (S. *Jac.* Voorda ad Leg. Falcid. Commentar. Cap. XI. §. 10. Die L. 24. Cod. *de legatis* bestimmt keineswegeß das Gegentheil; sie entscheidet nur die Streitfrage: ob dem Pupillar-Substituten auferlegt werden könne, Vermächtnisse aus dem Vermögen des Pupillen zu zahlen, wenn der Pupill enterbt ist, ihm indessen vom Vater Vermächtnisse hinterlassen sind? In den Pandecten finden sich mehrfache Spuren dieser Controverse; z. B. L. 87. §. 7. D. *ad Leg. Falcid.* vgl. mit L. 41. §. 3. D. *de vulgari et pupill. substitutione.* Von Justinian wird sie verneinend entschieden, die Frage dagegen gar nicht berührt: ob nicht der zum Erben der väterlichen Ver-

nicht der Substituirte selber die c. t. b. p. nachsuchen, sonst verliert er sein Recht auf die Verlassenschaft des Pupillen[39]. Und da Pupillarsubstitutionen nur in einem nach Civilrecht giltigen Testamente des Vaters verfügt werden dürfen[40], also in demselben ein suus heres entweder eingesetzt oder enterbt seyn muß, Enterbte aber wiederum die b. p. c. t. nicht nachsuchen können: so folgt von selbst, daß hier ein Testament vorausgesetzt werden muß, worin ein Pupill eingesetzt oder enterbt, ein Emancipirter aber präterirt ist. Denn wäre der Präterirte ein filius familias, so würde die Intestaterbfolge eröffnet seyn, folglich mit dem Testamente des Vaters auch die Pupillarsubstitution über den Haufen fallen[41].

2) Daß unter gleichen Bedingungen (d. h. wenn das Testament nach Civilrecht bestehen kann) auch Vormundschaftsernennungen erhalten worden seyen, ist wenigstens sehr wahrscheinlich; da eine solche Anordnung sich überall nicht einmal auf Erbfolge bezog; bestimmte Quellenbelege dafür lassen sich freilich nicht geben[42].

lassenschaft eingesetzte Substitut eines enterbten Pupillen die Vermächtnisse zahlen müsse, womit ihn als Substituten der Testirer belästigt hat. — Vgl. *Edm.* Merillii Expos. in L. decisiones Justiniani. Decis. XXXVII. p. m. 418 squ. — Finestres Praelect. Cervarienses ad Tit. D. *de liberis et postumis* P. IV. C. IV. §. 25.

39) L. 22. D. *de vulgari et pupill. substitutione.* L. 5. §. 4. D. *de legatis praestandis.* L. 2. pr. D. *de his quae ut indignis* (XXXIV. 9.).

40) §. 5. Inst. *de pup. substitutione.*

41) Foerster l. l. §. 135.

42) *de* Retes l. l. Cap. VII. §. 5. — Foerster l. l. §. 131. p. 398.

3) Ferner behalten Enterbungen in einem durch c. t. b. p. rescindirten Testamente ihre Kraft, wenn gleich dennoch, wie wir oben gesehen haben, der Enterbte bisweilen zur Intestatsuccession zugelassen wird[43].

4) Freiheitsertheilungen fielen in der Regel weg; sie blieben nur in dem einen Falle giltig, wenn sie direct angeordnet, zu Erben aber personae conjunctae (s. d. nachfolg. Nr.) eingesetzt waren, diese auch die Erbschaft angetreten hatten. Sie konnten alsdann, falls sie dabei betrüglich verfahren waren, von dem b. possessor mit einer Entschädigungsklage in Anspruch genommen werden[44]. Endlich

5) darf hier das Recht der exceptae oder conjunctae personae nicht übergangen werden[45], obgleich davon

43) S. oben S. 9—15. Nr. 1. 2. — Foerster l. l. §. 133. u. 134. — Francke Notherbenrecht S. 141.

44) L. 8. §. 2. D. *de legatis praestandis* (vgl. L. 23. *eod.*). — *de* Retes l. l. Cap. VII. §. 3. — Sartorius Diss. cit. p. 721 sq. not. z will nach Cujacius (ad L. 8. §. 2. *de legat. praest.* opp. post. T. IV. p. 73. ed. Par.) diese Bestimmung ohne die Beschränkung auf personae conjunctae verstanden wissen, so daß also stets in Folge der von dem heres scriptus angetretenen Erbschaft den Sclaven die Freiheit erworben sei. — Vgl. auch Foerster l. l. §. 121. p. 378 sq. not. 5. — Uebrigens gehört die genauere Erörterung dieser Rechtsverhältnisse nicht hieher. Doch vergl. hiermit das Recht der querela inoff. testamenti in Ansehung der testamentarischen Freilassungen Bd. XXXV. d. Commentars S. 390 fgg. (Nr. 3.).

45) S. hierüber *de* Retes Adversar. ad Titt. *de B. P. contra tabb. et de leg. praestandis* Cap. VIII — XV. (bei Meerman T. VI. p. 506 sqqu.). Foerster l. l. §. 137 — 166. p. 405 — 460. Bluntschli Erbfolge

schon bei einer andern Gelegenheit etwas gesagt werden mußte. (Vgl. Bd. XXXVI. S. 331—336.)

Das hierüber ergangene prätorische Edict lautet nach der Restitution von Wilh. Ranchinus[46]), wie folgt:

„Qui judicia patris rescindunt per c. t. b. possessionem, ex judicio ejus legata et fideicommissa liberis, parentibus, uxori, nurui quoque dotis nomine relicta, eos praestare cogam: non tamen iis liberis, quibus ex superioribus causis b. possessionem polliceor, si eam petierint, aut si quid aliud ex defuncti voluntate obtinuerint" [47]).

Von Descendenten waren also nicht bloß die Notherben privilegirt, sondern auch andere, nämlich in Adoption gegebene, enterbte und Töchter-Kinder[48]). Die Notherben, welche zur c. t. b. p. gerufen sind, erhalten aber die Vermächtnisse nur, wenn sie von der b. p. keinen Gebrauch machen[49]); doch schadet die Nachsuchung

gegen den letzten Willen S. 90—96. — Francke Notherbenrecht §. 13. S. 145 fgg.

46) In *C. G.* Hoffmanni hist. jur. rom. Vol. II. P. I. p. 336. und im Meermanschen Thesaur. T. III. p. 252. Vgl. *C. E. L. de* Weyhe Libri III. edicti p. 235.

47) L. 1. D. *de legatis praestandis*. Bd. XXXVI. d. Commentars. S. 331.

48) L. 1. §. 1. u. 2. D. *de leg. praestandis*. — *de* Retes l. l. Cap. VIII. Foerster l. l. §. 138. u. 139.

49) L. 18. §. 1. D. *de B. P. c. tabb.* L. 5. §. 2. D. *de leg. praestandis* — „Constituere igitur apud se debet, utrum c. t. b. possessionem petat, an vero legatum persequatur? si elegerit c. t., non habebit

derselben dem nicht, welcher sich irrthümlich dazu berufen glaubte [50]).

Das Edict spricht nur von Legaten und Fideicommissen; ausgedehnt wurde es aber auch auf Schenkungen von Todes wegen [51]), selbst auf dasjenige, was den conjunctis personis durch Erbeinsetzung zugewandt war. L. 5. §. 6. D. *de legatis praestandis:* „Sed etsi portio hereditatis fuerit adscripta ei, qui ex liberis parentibusve est, *an ei conservanda sit, ut solent legata?* Et Julianus saepissime scripsit: in portione quoque hereditatis idem, quod in legato, probandum. Cujus sententia rescripto divi Pii comprobata est, quum hereditates non modo honesto titulo, sed et pleniore honore tribuantur" [52]). Ist nun die conjuncta persona ein Notherbe, und ihr weniger im Testament ausgesetzt, als sie durch Intestatsuccession, oder durch Anschließen an die c. t. b. p. erhalten haben würde, sie macht aber von ihrem testamentarischen Erbrechte Gebrauch; so kann sie auch nur jenes geringere Quan-

legatum; si legatum elegerit, eo jure utimur, ne petat b. p. c. tabb."

50) L. 5. §. 3. D. *de leg. praestandis:* „Si quis c. t. b. possessionem acceperit, deinde postea apparuerit, eum ex his liberis non fuisse, qui eam b. p. accipere possint, ex his tamen esse, quibus legata praestentur, obtinuit, non esse ei denegandam petitionem legatorum."

51) L. 3. pr. L. 5. §. 7. in f. L. 20. pr. D. *de leg. praestandis.*

52) Ueber den Ausdruck pleniore *honore* (wofür Einige ganz ohne Grund onere lesen wollen) s. Marani Paratitla ad Tit. D. *de leg. praestandis* p. 377. Col. B.

tum erhalten; mehr aber als eine Virilportion erhält keine der exceptae personae, mag das ihr als Erben oder als Vermächtnißnehmer Zugewandte auch noch so viel betragen [53]). Eine Virilportion nun heißt: so viel als jeder einzelne b. possessor [54]), und zwar mit dem Unterschiede, daß ein solcher zur b. p. berechtigter Descendent so viel bekommt, als ihm die c. t. b. p. gewährt haben würde, wogegen alle übrigen personae exceptae zusammen genommen nur eine Virilportion in Anspruch nehmen dürfen; wenn also z. B. der Testirer einen zur c. t. b. p. berechtigten Sohn hinterläßt, und neben ihm Töchter-Kinder, auch Eltern zu Erben einsetzt, so erhält jener allein die Hälfte des Ganzen, alle übrigen zusammengenommen müssen sich mit der andern Hälfte begnü-

53) L. 14. pr. D. *de B. P. c. tabb.* L. 5. §. 7. L. 14. pr. D. *de leg. praestandis.* — Besondere Anwendungen von dem Grundsatze, daß keiner mehr erhalten kann, als er durch c. t. b. p. erhalten haben würde, finden sich in L. 18. und in L. ult. pr. und §. 2. D. *de leg. praestandis.* L. ult. D. *de conjungendis cum emancipato liberis* (XXXVII. 8.). S. Cujacii ad Africanum Tractat. IV. in Legem 18. D. *de leg. praestandis* (opp. prior. T. I. p. 1361 squ. ed. Par.). *de* Retes Adversar. cit. Cap. XIII. Foerster l. l. §. 152 — 154.

54) L. 8. pr. D. *de leg. praestandis* „Virilis portio quemadmodum accipienda sit? videamus. Pone duos esse, qui c. t. b. p. accipiant, unum esse ex liberis parentibusque; virilis tertia erit portio. Sed si tres sunt, qui c. t. b. p. acceperunt, quarta erit virilis. Hoc idem in legatis observabitur." (Nach der vorausgehenden Stelle und nach sonstigen Zeugnissen ist dies Recht übrigens zuerst für Legate eingeführt und nur auf Erbportionen ausgedehnt worden).

gen[55]. Ist eine excepta persona zum Erben eingesetzt und zugleich ihr ein Prälegat hinterlassen, so wird beides ihr gewährt, doch darf sie durch beides zusammen genommen auch nicht mehr als die Virilportion erhalten[56].

Nach der buchstäblichen Anwendung des Edicts würde übrigens der b. possessor zur Leistung der Vermächtnisse an die personas exceptas verbunden gewesen seyn, auch wenn jene den ihm selbst verbleibenden Erbtheil bei weitem überstiegen, und nur durch den Abzug der Quarta Falcidia konnte diese Verpflichtung einigermaßen beschränkt werden. Julianus, an den dieserhalb eine Anfrage erging[57], erwiederte: „Saepe animadverti, hanc par-

55) L. 8. pr. D. *de leg. praestandis* „Sed si unus sit ex liberis, qui acceperit c. t. b. possessionem, plures sint, qui ex liberis parentibusve legata acceperint, sic hoc accipiendum est, ut filius praeteritus semissem habeat, ceteri omnes, qui sunt ex liberis parentibusve, semissem." — Die Abzüge geschahen hier von Jedem pro rata. L. 20. pr. *eod.* Foerster l. l. §. 147.

56) L. 8. §. 1. D. *de leg. praestandis* — — „utrumque conservetur, sed sic, ne amplius in utroque, quam virilem habeat."

57) L. 6. D. *de leg. praestandis* (Julianus Lib. XXIII. D.). Die Eingangsworte der Stelle (Salvius Aristo Juliano suo salutem) haben zu manchen gelehrten Streitigkeiten Veranlassung gegeben. Ist der (in den Pandekten bisweilen citirte) Jurist Titus Aristo damit gemeint, so müßte statt Salvius gelesen werden *Titus* Aristo; (denn so nennt ihn Plinius Lib. I. 22. Epistoll. Die Behauptung des Cujacius in der weiter unten anzuführenden Stelle, daß auch der Jurist Aristo den Vornamen Salvius geführt habe, ist durch nichts begrün-

tem edicti, qua emancipatus accepta c. t. b. possessione liberis et parentibus legata praestare jubetur, habere nonnullas reprehensiones. Nam si dodrans legatus fuerit, plus habiturus est is, cui legatum erit, quam emancipatus. *Decreto itaque ista temperari debebunt*, ut et hereditatis partem eman-

det.). Indessen tritt dabei noch das Bedenken ein, daß Aristo, wenn gleich ein Zeitgenosse des Julianus, doch auf jeden Fall älter war, als dieser. Es glauben daher Manche, daß umgekehrt Julianus den Aristo consultirt habe, weshalb sie lesen wollen: Aristoni Salvius Julianus salutem. Allein dagegen spricht nicht blos der Umstand, daß nach der Gewohnheit der Alten der Name des Schreibenden stets vorangestellt wird, sondern hauptsächlich, daß die Stelle aus einer Schrift Julian's ist und er sich darin auf die herkömmliche Weise (Respondi u. s. w.) als den Befragten zu erkennen giebt. Daß sich ein Jurist bei dem andern in zweifelhaften Fällen Raths erholte, war gar nichts Ungewöhnliches, und der Unterschied des Alters konnte dabei nicht eben in Betracht kommen, zumal bei einem von aller Eitelkeit so entfernten Manne, wie uns Aristo geschildert wird. (S. Plinius a. a. O. und *Jo. Sam.* Brunnquell Prolusio de retractationibus veterum ICtorum, quorum fragmenta in Digestis supersunt §. 1. in der Note (opuscul. p. 363 sqqu.). Aber warum soll der Anfragende hier gerade der Rechtsgelehrte Aristo gewesen seyn? Genug, es ist zu einer Aenderung durchaus kein haltbarer Grund vorhanden, wie auch die Meisten annehmen. Vgl. Cujacius ad Lib. XXIII. D. Salvii Juliani (opp. posterior. T. I. P. I. p. 170. ed. Par.). Retes l. l. Cap. XII. §. 3. ; Menagii Amoenitates juris civ. Cap. XXIII. p. 121 squ. Gebauer in ed. Corp. juris in nota 27. ad *h. l.* Zimmern röm. Rechtsgeschichte I. Bd. §. 89. Note 15.

cipatus praestet ita, ne scriptus heres amplius habeat quam emancipatus, et legatorum modus temperetur, ut nihil plus ex legatis ad aliquem perveniat, quam apud emancipatum b. possessionis nomine remansurum sit.“ Julian sprach also sehr bestimmt aus: daß dieß durch die Billigkeit hervorgerufene, aber, buchstäblich verstanden, unbillige Recht durch Anwendung[58]) dahin beschränkt werden müsse, daß nicht der b. possessor weniger erhalte, wie derjenige, welchem er die Vermächt-

58) So wird wohl am richtigsten der Sinn des *decreto* ista temperari debebunt ausgedrückt. Nicht jeder Richter konnte freilich auf die Weise das Recht in der Anwendung mildern, daß er, den Buchstaben desselben ganz verlassend, nur das ihm zu Grunde liegende Princip berücksichtigte und daraus neue Rechtssätze bildete. Es war dies vielmehr ein Act der prätorischen Jurisdiction, welcher durch ein förmliches Dekret causa cognita ausgeübt wurde. Daher sagte man in solchen Fällen: „Quoties aequitatem —— dubitatio juris moratur, *justis decretis* res temperanda est“ (Paulus L. 85. §. 2. D. *de Reg. Jur.*), oder, wie sich Ulpian ausdrückt: „haec neque passim admittenda sunt, neque districte denegands, sed a Praetore causa cognita temperanda.“ (L. 13. D. *de Procuratoribus* (III. 3.). Vgl. *Jac.* Gothofredi Commentar. in Tit. Pand. *de Reg. Jur.* ad L. 85. §. 2. (opusc. edid. Trotzius p. 977.). Daß man dabei wohl schon zu Julian's Zeit weniger an den Prätor als an kaiserliche Vermittelung dachte, ist schwerlich zu läugnen. — Vgl. *C. F.* Zepernick Diatrib. de rerum perpetuo similiter judicatarum auctoritate §. 19. 20. (in s. Ausg. von Siccama de judicio centumvirali p. 378 sqqu.). S. auch meine Lehre von der Cession der Forderungsrechte §. 15. S. 161 fgg. (d. 2. Aufl.).

nisse oder die Erbtheile auszuzahlen habe. Er scheint auch der Urheber des Rechtssatzes zu seyn, daß das Edict auch auf Erbportionen anzuwenden sey; Ulpian beruft sich dieserhalb auf Julian's Responsum mit der Bemerkung, daß K. Antoninus Pius diese Ausdehnung durch ein Rescript bestätigt habe[59]. Den Inhalt dieses Rescripts erwähnt auch Tryphonin in der Stelle, welche gleich auf das Excerpt aus Julian folgt[60], und zwar werden auch hier beide Neuerungen (die Anwendung des Edicts auf Erbeinsetzung und die Beschränkung des Theils auf eine Virilportion) mit einander in Verbindung gebracht: „Nam secundum constitutionem divi Pii ad Tuscium Fuscianum Numidiae legatum[61]) placuit, parentes et liberos heredes quoque institutos tueri usque ad partem virilem exemplo legatorum, ne plus haberent ex institutione tales personae, quam ad eum perventurum esset, qui c. t. b. possessionem accepisset."

Nicht immer haben aber die personae exceptae ein Recht auf die, wenn gleich giltig angeordneten, Vermächtnisse; und umgekehrt mußte bisweilen auch der Notherbe an Andere, als an personas exceptas die Vermächtnisse auszahlen. Ersteres ist der Fall, wenn der Präterirte ein suus heres ist. Da dieser nicht nöthig hat, das Testament mittelst c. t. b. p. zu rescindiren, dasselbe vielmehr ipso jure nicht gilt, so braucht er auch gar keine Legate zu zahlen, selbst dann nicht, wenn er

59) L. 5. §. 6. D. *de legatis praestandis.*

60) L. 7. D. *de leg. praestandis.*

61) Ueber diesen Tuscius Fuscianus s. Menagii Amoenitatt. jur. civ. Cap. V.

c. t. b. p. nachsucht[62]; ja, wenn neben ihm ein Emancipirter präterirt ist, so kommt auch diesem dasselbe Recht zu Statten, d. h., auch er hat nicht nöthig, die Vermächtnisse zu zahlen[63], vorausgesetzt nämlich, daß der

62) L. 15. pr. D. *de leg. praestandis* „Is, qui in potestate est, praeteritus legata non debebit praestare, etsi contra tabb. b. poss. petierit, quia et non petita b. possessione intestati hereditatem obtineret. Nec enim exceptio doli mali huic noceat, et absurdum est, eum cogi legata praestare, quia b. p. petierit, quum et sine hac hereditatem habiturus sit suo jure."

63) L. 15. pr. D. *de legatis praestandis.* — — „Unde si duo praeteriti sunt, emancipatus et is, qui in potestate est, quidam nec emancipatum praestare debere legata existimant, quia effectu fratris partem aufert dimidiam, quum, etsi hic non peteret, suus solus rem habiturus esset. Quid ergo est, ubi praeteritus sit suus? (Diese Frage steht hier wohl nur des folgenden Gegensatzes wegen („ubi vero scriptus est" u. s. w.); denn, was durch sie ausgedrückt wird, das liegt schon im Vordersatze (*verius est, quod dictum est.*") — Auf L. 1. §. 9. D. *si tabulae testamenti nullae extabant* (XXXVIII. 6.) kann man dies Resultat freilich nicht gründen (wie gleichwohl bisweilen geschieht), da diese Stelle von einem enterbten Emancipirten handelt, dieser aber zur c. t. b. p. überall nicht zugelassen wird (s. oben S. 14. Nr. 2.). Eben so wenig auf L. 3. §. 7. D. *de leg. praestandis.* „Ea autem legata sola praestant, qui c. t. b. p. accipiunt, quae utiliter data sunt, verum idcirco non debentur, quod filius c. t. b. p. accipit." Ulpian sagt hier nur: Ein Vermächtniß, welches die exceptae personae fordern, müsse an sich giltig angeordnet seyn, oder doch sonst seiner Wirksamkeit nichts im Wege stehen, als daß gegen das Testament die c. t. b. p. ertheilt sey. —

suus heres sein Recht nicht verschmäht[64]). Bisweilen muß aber auch selbst der präterirte suus die Vermächtnisse zahlen, alsdann nämlich, wenn auch ihm kein anderes Mittel, als die c. t. b. p. zu Gebote steht, um zur Erb-

Wollte man den Gegensatz von legata, quae utiliter data sunt auf Anordnungen in einem Testamente beziehen, welches nach Civilrecht nichtig ist wegen Präterition eines suus heres (wie dies Francke Notherbenrecht S. 150 anzunehmen scheint), so müßte ja der Emancipirte auch selbst alsdann, wenn der suus auf b. p. verzichtet, keine Legate zu zahlen verpflichtet seyn. — Uebrigens nennen die neuern Juristen ein Testament, worin ein suus heres präterirt ist, auch wohl testamentum nullum jure praetorio, weil dadurch auch für den blos prätorischen Notherben die reine Intestaterbfolge herbeigeführt werden kann. S. z. B. Alciati in Paradox. Lib. IV. Cap. XIV. Nr. III. *Ant.* Faber Conjecturarum Lib. IX. Cap. XIV. p. m. 268 in f. squ. Retes l. l. Cap. IX. §. 2. — M. s. indessen, was dagegen Sartorius diss. cit. p. 67. not. x erinnert. Vgl. auch unten Note 92.

64) Ausdrücklich ist dies freilich nirgends bestimmt; die Stelle, welche dem Emancipirten dies Recht giebt (L. 15. pr. cit.), setzt deutlich voraus, daß beide gegen das Testament auftreten, und überdies heißt es ganz allgemein: „ut, qui accipiendo c. t. b. possessionem liberis parentibusque legata praestaret, si omiserit eam b. p., et ab intestato possideat hereditatem, cogatur ea praestare, quae praestaret, si c. t. b. p. accepisset." L. 6. §. 9. D. *si quis omissa causa testamenti* (XXIX. 4.). Diese Bestimmung ist zwar durch die L. 15. pr. D. *de leg. praestandis* für den Fall modificirt, wenn neben dem präterirten Emancipatus auch ein präterirter Suus vorhanden ist und sein Recht geltend macht; allein sie ist nirgends aufgehoben, was man doch annehmen muß,

folge zu gelangen[65]). Ein hieher gehöriger Fall wird weiter unten zur Sprache kommen[66]); ein anderes Beispiel enthält das durch die nova clausula eingeführte Recht eines in der Gewalt des Großvaters zurück gebliebenen Enkels von einem emancipirten Sohne, die auf den Letztern fallende Erbportion mit demselben zu theilen: er darf dieß Recht nur auf die nämliche Weise geltend machen, wie sein Vater, also, wenn ein Testament in der Mitte liegt, durch c. t. b. p.[67]).

Die Verpflichtung auch an andere, als an conjunctas personas die Vermächtnisse zu zahlen, setzt stets voraus, daß ein Notherbe eingesetzt, ein anderer präterirt, mithin durch diesen die b. p. auch für jenen möglich geworden ist. Jedoch ist dadurch allein diese Ver-

wenn man glaubt, daß die bloße Existenz eines präterirten Suus dem Emancipirten es möglich mache, ohne alle Einschränkungen und Verpflichtungen als Intestaterbe die Verlassenschaft zu erhalten. — Uebrigens ist es nicht gerade nöthig, daß der suus heres die c. t. b. p. agnoscirt; auch wenn er von seinem Civilintestaterbrecht Gebrauch macht, ist der übergangene Emancipirte nicht weniger frei von der Vermächtnißzahlung.

65) S. *de* Retes l. l. Cap. X. §. 1.

66) Vgl. hierüber vorläufig L. 8. §. 5. D. *de b. p. c. tabb.* und Retes l. l. Cap. X. §. 2., auch Foerster §. 157. Nr. 3.

67) L. 2. D. *de conjungendis cum emancipato liberis* (XXXVII. 8.). — „Nihil in hac parte edicti cavit Praetor, ut legata exceptis personis nepos praestet. Sed — — absurdum est, patrem quidem ejus legata praestare, ipsum vero plus habere, quum eadem conditione in eandem partem vocetur." — Retes §. 3. Foerster §. 57. Nr. 2.

pflichtung noch keineswegs begründet, man muß hier vielmehr folgende Fälle unterscheiden:

1) Der Präterirte macht überall keinen Gebrauch von seinem Rechte, der Eingesetzte aber sucht c. t. b. p. nach (oder was hier einerlei ist: er schlägt die Verlassenschaft aus, um ab intestato zu erben). In diesem Falle hat die c. t. b. p. die Wirkung der sec. tabb. b. p.; d. h., der eingesetzte Notherbe muß die sämmtlichen Vermächtnisse entrichten, wie wenn er testamentarischer Erbe geworden wäre [68]).

2) Auch der Präterirte macht von seinem Rechte Gebrauch. Hierbei ist weiter zu unterscheiden:

a) Es ist ein suus präterirt, ein anderer Notherbe (gleichviel ob ein civilrechtlicher oder prätorischer) eingesetzt. Alsdann behält jener sein volles Recht, d. h., er erbt ab intestato und ist zu keiner Legatenzahlung verbunden [69]); dieser dagegen muß die Vermächtnisse leisten, jedoch nur an die personas conjunctas [70]).

68) L. 14. pr. D. *de leg. praestandis* (Bluntschli a. a. O. S. 77. Francke Notherbenrecht S. 139. und 140.). L. 15. §. 1. D. *eod. verbb. sed si solus* u. s. w. — L. 17. D. *de injusto, rupto, irrito facto testamento* (s. Bd. XXXVI. S. 329—332. dieses Commentars. — Vgl. L. 23. D. *si quis omissa causa testamenti ab intestato hereditatem possideat.*

69) L. 15. pr. D. *de leg. praestandis*. L. 16. *eod. verbb.* — — is quidem, qui in potestate remansit, quum rem ab intestato habeat, non praestabit liberis et parentibus legata."

70) L. 16. D. *de leg. praestandis:* „emancipatus vero num quid et ipse praestat? quia ei rem aufert, qui praestaturus non erat, si solus esset. Sed verius

b) Ist dagegen ein Emancipirter präterirt und ein anderer Notherbe (ein civilrechtlicher oder ein prätorischer) eingesetzt, so haben zwar beide die Vermächtnisse, aber ebenfalls nur an personas conjunctas zu zahlen[71]).

3) Der eingesetzte Notherbe tritt aus dem Testamente die Erbschaft an, der präterirte dagegen sucht die b. p. nach. — Ehe wir nun zur Beantwortung der Frage schreiten: Wie weit hier die Verpflichtung zur Vermächtnißzahlung gehe, sollen erst einige allgemeine Bemerkungen über das Rechtsverhältniß des eingesetzten Erben zu dem Contratabulanten vorausgeschickt werden.

Daß der eingesetzte Erbe sich dem präterirten anschließen, also c. t. b. p. nachsuchen müsse, ist nirgends gesagt; im Gegentheil wird in mehr, als einer Stelle von der hereditatis aditio des Eingesetzten als von einer zulässigen und rechtlich wirksamen Handlung gesprochen[72]). Aber gilt er alsdann für einen eigentlichen Erben, oder hat er seines Erbtheils wegen nur einen Anspruch (oder

est, vel hunc saltem debere liberis et parentibus praestare legata." Hier ist zwar nur von dem Emancipirten die Rede, allein der Grund ist allgemein, und nur darauf kam es an, zu zeigen, daß ein präterirter suus nicht nöthig habe Vermächtnisse zu zahlen.

71) L. 15. §. 1. D. *de leg. praestandis* „— et institutus eadem praestat, quae praeteritus." Daß der übergangene Emancipirte die Vermächtnisse den personis conjunctis zahlen müsse, ist bekannt. Vgl. auch L. 14. pr. in f. *eod.*, wo der Grund angegeben wird, weshalb der Eingesetzte die Vermächtnisse zu voll bezahlen müsse: quum praeteritus jure suo non utatur.

72) So namentlich L. 14. pr. D. *de B. P. c. tabb.* L. 8. §. 2. u. L. 15. §. 1. D. *de legatis praestandis.*

wenn er im Besitz war, eine Einrede) wider den b. possessor? Für Ersteres scheint der Umstand zu sprechen, daß durch Testament manumittirte Sklaven in Folge einer solchen Erbschaftsantretung frei werden konnten [73]); für Letzteres, daß es von den zu Erben eingesetzten personis conjunctis heißt: portio eis conservatur [74]). Förster, welcher annimmt, daß der b. p. das Ganze erhielt und dem eingesetzten Erben seinen Erbtheil als Fideicommiß gewährte, fügt auch noch den Grund hinzu: daß neben der c. t. b. p. die secundum tabb. nicht bestehen könne [75]). Dieß Argument möchte wohl wenig beweisen. Denn wo wir eine solche Mischung zwischen gesetzlichem und testamentarischem Erbrecht erblicken, wie hier, — wo neben der reinen Intestaterbfolge eine c. t. b. p. besteht, die letzere die Wirkung der sec. tabb. b. p. haben kann, oder wohl gar umgekehrt [76]), da ist es auch sehr gut gedenkbar, daß von mehreren Notherben der eine aus dem Testamente erbt, ein anderer mittelst der c. t. b. p. seinen Intestaterbtheil erhält. Auch ist hier wenig damit auszurichten, daß die Stellen, welche der Erbschaftsantretung erwähnen, nur von einer aditio hereditatis sprechen, also ein jure civili giltiges Testament (d. i. ein solches, worin kein suus heres präterirt ist) vorauszusetzen scheinen; denn die c. t. b. p. schließt ja auch den civilrechtlichen Erben vollständig aus. Allenfalls möchte

73) L. 8. §. 2. D. *de leg. praestandis.*

74) Z. B. L. 5. §. 6. u. 8. L. 8. pr. §. 1. u. 2. D. *de leg. praestandis.*

75) Foerster l. l. §. 143.

76) L. 14. pr. D. *de legat. praestandis.* L. 3. §. 13. L. 10. §. 2. D. *de B. P. contra tabulas.* — Cujacius ad Africanum Tract. IV. opp. prior. ed. Par. p. 1358.

das vorhin erwähnte Recht, den Sklaven die Freiheit durch Erbschaftsantretung zu verschaffen, von dem Vorhandenseyn eines civilrechtlich giltigen Testaments abhängig gewesen seyn; damit könnte aber immer recht wohl bestehen, daß im Uebrigen das Recht der Erbeseinsetzung aufgehoben wurde, wie wir ja, etwas ähnliches wenigstens, auch bei dem Rechte der querela inoff. testamenti finden[77]. — Es ist wohl nicht unwahrscheinlich, daß man hier einen Unterschied gemacht zwischen den personae conjunctae, welche Notherben waren, und solchen, die es nicht waren, z. B. Ascendenten und Töchter-Kindern. Daß die Letzteren nicht als Erben neben den b. possessores ihr Recht behielten, bedarf kaum einer Bemerkung. Denn die Contratabulanten schließen die heredes extraneos vollständig aus; was sie diesen aus dem Testamente etwa zu gewähren haben, kann daher nur als Vermächtniß gelten. Anders dagegen verhält es sich, wenn der Eingesetzte selbst Notherbenrecht hat. Er behält dieß, ohngeachtet seiner Erbeseinsetzung, denn sonst würde für ihn keine c. t. b. p. möglich seyn. Aber er ist nicht gezwungen von diesem Rechtsmittel Gebrauch zu machen, um sich sein Erbrecht zu sichern; er kann sich einer durch den suus heres eröffneten Intestaterbfolge anschließen, oder auch umgekehrt erklären, daß er die testamentarische Verfügung für sich gelten lassen wolle. Allerdings ist es nicht ohne Einfluß auf sein Rechtsverhältniß, welchen Weg er hier einschlägt (s. die folg. Note); allein daß er aufhöre Erbe zu seyn, wenn er von der ihm angebotenen c. t. b. p. keinen Gebrauch macht, ist nirgends gesagt, vielmehr sehr bestimmt anerkannt, daß nach prätorischem

77) L. 8. §. 16. u. 17. D. *de inoff. testamento*. Bd. XXXV. d. Commentars §. 1421. e. S. 390 fgg. Nr. 3.

Rechte, welches ja eine strenge und schroffe Consequenz überhaupt verwirft, ein auf verschiedene Art zur Erbschaft berufener Notherbe selbstbeliebig wählen könne, unter welcher Form er Erbe werden wolle; auch, wenn Mehrere zusammen treffen, hierin Niemand durch den Andern beschränkt werde; ungeachtet in Ansehung der rechtlichen Wirkungen zum Theil eine Verschiedenheit der Erwerbsfolgen hervortritt, zum Theil die Willkühr manchen Beschränkungen unterworfen ist[78]). Ganz deutlich sagt endlich African, daß der eingesetzte Notherbe, welcher aus dem Testamente antritt, neben dem Contratabulanten als eigentlicher heres seinen Erbtheil erhalte:

L. 14. pr. D. *de bon. possess. contra tabulas.* „Si duobus filiis emancipatis alter heres institutus sit, alter praeteritus, si institutus adierit, quamvis verbis edicti parum expressum sit, tamen non posse eum petere b. possessionem respondit, quia judicium patris secutus sit; — —. Sed illud observandum, ut Praetor eum, qui heres institutus adierit, *in eam partem, qua scriptus sit, tueri debeat*[79]), dum tamen non ampliorem, quam habiturus esset, si b. possessionem accepisset, ut *hactenus* (also nur in Ansehung der weiter bemerkten Folgen) deteriorem

78) L. 6. §. 9. L. 23. D. *si quis omissa causa testamenti.* L. 14. pr. L. 20. pr. D. *de B. P. contra tabb.* L. 15 pr. in f. u. §. 1. L. 16. D. *de leg. praestandis.*

79) Der Ausdruck Praetor aliquem tuetur geht zwar im Allgemeinen auf prätorischen Schutz durch Klage oder Einrede; in der hier vorkommenden Verbindung aber bedeutet er meistens die Ertheilung einer wirksamen B. P. L. 1. in f. L. 2. D. *si tabb. test. nullae exstabunt* (XXXVIII. 6.). Hugo röm. Rechtsgesch. S. 608.

causam suam fecerit, *quod* si ex minore parte sit institutus, eam duntaxat retinere possit, et quod extraneis quoque legata praestare cogatur. Quodsi is, qui in potestate est, heres institutus sit, *quoniam necessarius heres fit*, non aliud dici posse, quam et ipsum petere bonorum possessionem, si modo hereditati se non immiscuerit; tunc enim, quia judicium patris comprobasse videatur, eodem loco, quo emancipatum, haberi debere.“ Also: der suus heres ist ipso jure Erbe geworden[80]; so lange er sich indessen noch nicht eingemischt hat, kann er auch eine contra tabulas bonorum possessio erhalten, wodurch er ja nicht aufhört Erbe zu seyn, sondern nur auf einem andern Wege zur Erbschaft gelangt[81]).

80) Der Scholiast zu den Basiliken (Tom. V. p. 315. u. 316. Schol. o.) erklärt das: *quoniam necessarius heres sit* durch: weil der Sohn aus dem Testamente Erbe seines Vaters geworden ist. Er ist ja nämlich nicht weniger ipso jure heres, wenn er aus dem Testament, als wenn er ab intestato erbt (L. 1. §. 4. D. *si quis omissa causa testamenti*). Vgl. Cujacius opp. prior. T. I. p. 1359. u. ad Leg. 14. D. *de B. P. c. tabb.* opp. posterior. T. IV. p. 56.

81) Maranus in den Paratit. ad Tit. D. *de leg. praestandis* p. 376. äussert sich über das Verhältniß des eingesetzten Civilerben zu dem Contratabulanten so: Wenn ersterer ab intestato erbt, oder, was für ihn gleichviel bedeutet, zur c. t. b. p. seine Zuflucht nimmt, so ist er eigentlich Erbe auf das Ganze und der Präterirte kann nur die tuitio Praetoris in Anspruch nehmen, um sich sein Intestaterbtheil zu erhalten; umgekehrt verhält es sich, wenn der Präterirte die c. t. B. P. agnoscirt. Dadurch wirft er das ganze Testament über den Haufen und der eingesetzte Suus erhält das im Testament ihm

Kehren wir nun zu unserer eigentlichen Frage zurück, so richtet sich die Verpflichtung des präterirten Erben zur Legatenzahlung nach dem obigen Unterschiede: als suus heres ist er davon ganz frei, als prätorischer Notherbe muß er an die conjunctas personas die Legate entrichten. Was hingegen den eingesetzten Notherben anbelangt, so ist wohl die natürlichste Antwort auf jene Frage, daß er sämmtliche Vermächtnisse (also ohne Beschränkung auf die exceptas personas) zahlen müsse, weil er ja den Willen des Testirers im Allgemeinen anerkannt hat. Hierauf stützt denn auch African in der so eben angeführten Stelle seine Entscheidung, daß ein solcher Erbe auch Extraneis die Vermächtnisse zu entrichten habe („quia judicium patris secutus sit", oder „comprobasse videatur"). Aber das Edict hatte dieß unbestimmt gelassen, und unter den römischen Juristen war es streitig. Paulus erklärt sich geradezu für die entgegengesetzte Ansicht, weil der scriptus heres ja zu den Descendenten gehöre, welche c. t. b. p. erhalten können, weßhalb ihnen denn auch eine höhere Verbindlichkeit aufgebürdet werden dürfe, auch wenn sie den Willen des Vaters durch Erbschaftsantretung respectiren [82]. Ulpian dagegen schließt sich der Mei-

Hinterlassene nur vermittelst des prätorischen Schutzes. Ueber das Wesen dieser tuitio Praetoris erklärt sich indessen Maranus überall nicht; darauf aber kam es gerade hier an. Gewährt sie dem Geschützten die Rechte eines Erben oder nicht? und, wenn letzteres der Fall ist: Wer geht hier dem Andern vor, der Civilerbe, welcher ab intestato erben will, oder der Contratabulant?!

82) L. 15. §. 1. D. *de leg. praestandis* „— — — De scripto autem quaeritur. Et complures putant, certis per-

nung African's an, wenn er gleich die Frage für zweifelhaft hält[83]). Hiernach wäre es denn wohl möglich, daß er in einer andern Schrift die entgegenstehende Meinung vorgetragen hätte, nämlich in seinem 40. Buche ad Edictum, woraus die L. 5. §. 8. D. *de legat. praestandis* genommen ist. Indessen halte ich es für wahrscheinlicher, daß diese Stelle überall nicht von Notherben, sondern von anderen personis conjunctis zu verstehen sey. Ulpian wirft hier die Frage auf: „Is autem, cui portio hereditatis conservatur, utrum

solis et eum praestare debere. *Quod puto verius esse*; nam et Praetor hac ratione eum tuetur, quod ex liberis est, qui c. t. petere potuerunt."

83) L. 16. D. *de leg. praestandis* „Proinde, si contra tabulas non accepit, dicendum est, tuendum eum in partem, et utique liberis parentibusque legata praestaturum. *Sed an et omnibus? Dubito; tamen quia plena fruatur voluntate, plenum etiam obsequium praestare testatoris judicio pro sua parte debet.*" — In dieser Stelle war zuerst von dem Falle die Rede, wenn Beide, der Eingesetzte wie der Präterirte, die *B. P.* nachsuchen; alsdann hat auch der institutus die Rechte des praeteritus. Von den Worten Proinde u. s. w. an trägt Ulpian den Fall vor, wenn der Eingesetzte nicht b. possessor, sondern testamentarischer Erbe wird, und beantwortet die Frage: num scriptus heres omnibus legata praestare debeat? bejahend. — Die Stelle ist schon im XXXVI. Bd. d. Commentars S. 334 fgg., auf Veranlassung der Interpretation der L. 17. D. *de injusto etc. facto testamento* berücksichtigt, unter Anführung von Schriftstellern (Note 38.), welche eine Auslegung und Vereinigung derselben mit andern Stellen versucht haben. Der eigentliche Streitpunkt ist aber in gegenwärtiger Erörterung genauer hervorgehoben worden.

omnibus, an tantum exceptis personis legata cogatur praestare“? und beantwortet sie dahin: „Et magis probatur, exceptis personis solis praestanda“ [84]).

84) Der folgende Satz ist sehr dunkel: „Nec tamen solius commodo id cedit; nam si legatis onerata sit portio, tam liberorum parentumve, quam extraneorum, id, quod extraneis non praestatur, liberis parentibusve profuturum non dubitamus. Igitur ita demum, quod extraneis non praestatur, communicatur cum eo, qui contra tabulas petit, si non legatariis liberis parentibusque dandum sit.“ Ohne Zweifel wird dabei vorausgesetzt, daß der einer excepta persona hinterlassene Erbtheil mit Vermächtnissen an andere conjunctos, so wie auch an extraneos belastet, und zwar überschwert war; es mußte mithin zum Abzug der Falcidischen Quart kommen, wenn auch die Vermächtnisse an extraneos ausgezahlt werden sollten. (Gr. MAJANSII Disputatt. jur. Nr. XXXVIII. §. 5. in f. T. II. p. 61.). Daß diese nun ausscheiden, gereicht zunächst den exceptis personis zum Vortheil (L. 5. §. 5. D. *de leg. praestandis*); was übrig bleibt (quod extraneis non praestatur, nec legatariis liberis parentibusque dandum est), soll zwischen dem Contratabulanten und dem, cui portio hereditaria conservatur, getheilt werden. Aber auf welchem Rechts-Princip beruhet dieses? Die Accursische Glosse hat hierüber mehrere einander widersprechende und sämmtlich unhaltbare Meinungen. Retes handelt davon zwar ausführlich genug, ist aber schwerlich sich selber klar geworden (Cap. XII. §. 5—8.). Förster setzt den Grund darin, daß die personae conjunctae nicht mehr erhalten könnten, als sie erhalten haben würden, wäre es bei der testamentarischen Anordnung geblieben (§. 164). Dann aber hätte Alles, was die legatarii extranei nicht bekommen konnten, an die Contratabulanten fallen müssen, da die personae exceptae dies ja ebenfalls nicht erhalten haben würden,

Nimmt man nun an, daß Ulpian hier blos von solchen personis conjunctis spricht, welche, da sie nicht zur c. t. b. p. gerufen sind, den ihnen im Testament ausgesetzten Erbtheil auch nicht als eigentliche Erben erhalten, so ist die Entscheidung sehr natürlich und mit andern Rechtsgrundsätzen übereinstimmend. Denn der Honorirte erhält ja hier den Theil nicht durch seine Erbschaftsantretung, sondern gewissermaßen als fideicommissarischer Erbe von dem, welcher vermittelst der c. t. b. p. an die Stelle des eingesetzten Erben tritt; er kann also auch nur zur Entrichtung derjenigen Vermächtnisse angehalten werden, welche der Contratabulant selber zu leisten hat. Dagegen ist es recht und billig, daß, wer durch seinen eignen Willen Testamentserbe wird, auch die testamentarischen Anordnungen für seinen Theil vollständig erfülle. Daß der Jurist nicht ausdrücklich zwischen personis conjunctis, die Notherben sind, und solchen, die es nicht sind, unterscheidet, kann um so weniger in Betracht kommen, als mit großer Wahrscheinlichkeit angenommen werden darf, daß der Ausdruck: conservatur portio hereditatis ei, qui ex liberis parentibusve est, nur von conjunctis der letztern Art

wenn das Testament bei Kräften geblieben wäre. Am einfachsten erklärt sich die Theilung wohl durch die Voraussetzung, daß der conjuncta persona nicht eine mit Vermächtnissen beschwerte pars quota hinterlassen, sondern daß sie auf das Ganze zum Erben eingesetzt war und nun ein prätorischer Notherbe durch c. t. B. P. das Testament rescindirte. Hier verstand es sich ganz von selbst, daß Alles, was die Legatarien nicht erhielten, zur Erbmasse gehörte, folglich zwischen dem Contratabulanten und dem eingesetzten Erben (nach Verhältniß der auf diesen kommenden Virilportion) getheilt wurde.

gebraucht wurde. Denn da die Notherben an sich gleiche Rechte haben, so ist es schon nicht passend, zu sagen, daß der eine dem andern seinen Erbtheil bewahren und gewähren müsse. Auch kommt jener Ausdruck in keiner der Stellen vor, welche den eingesetzten Notherben als eigentlichen Erben bezeichnen (s. Note 78.), und wo er sich findet, da ergiebt auch meistens der Inhalt der Stellen, daß Notherben nicht gemeint seyen. So die L. 8. §. 2. D. *de legatis praestandis*: Ein präterirter Notherbe kündigt der zum Erben eingesetzten persona conjuncta an, daß er ihr die Virilportion gewähren wolle; da der eingesetzte Erbe aber dennoch die Erbschaft antritt, und dadurch die im Testamente manumittirten Sklaven frei werden, so soll die de dolo actio gegen denselben Statt finden. Es ist aber wohl mindestens sehr unwahrscheinlch, daß dieß Denunciationsrecht auch gegen den eingesetzten Notherben gegolten habe, welchem nach andern Stellen ja die freie Wahl zustand, ob er aus dem Testament antreten, oder die c. t. b. p. nachsuchen wolle. Und wenn es in der L. 23. D. *eod.* heißt: „Hi, quibus relictum in virilem portionem Divus Pius conservari constituit, ex servis, qui libertatem propter b. possessionem c. tabb. acceptam consequi non potuerunt, nihil habebunt"; — so läßt sich eine solche Ausschließung wohl schwerlich auf diejenigen beziehen, welche nicht bloß durch Testament zur Erbschaft berufen sind, sondern auch nach dem Gesetze gleiches Recht mit dem Contratabulanten haben.

Durch die Berücksichtigung dieser Verschiedenheiten nun zwischen den einzelnen Arten der personae conjunctae wird der anscheinende Widerspruch zwischen beiden Stellen Ulpian's am leichtesten dadurch geho-

ben[85]) und dadurch zugleich ein grosser Theil der Schwierigkeiten beseitigt, welche diese Lehre zu einer der dunkelsten und streitigsten im römischen Rechte machen. Eine befriedigende Erklärung ist auch durch die Annahme nicht möglich, Ulpian spreche in der L. 16. D. *de legat. praestandis* von dem Fall, wenn der persona conjuncta der ganze Erbtheil verbleibe, auf den sie instituirt ist; in den übrigen Stellen dagegen werde vorausgesetzt, daß sie wegen der Zurückführung auf die pars virilis weniger, als jenen Theil erhalte[86]); und eben so wenig reicht die von Manchen gemachte Unterscheidung aus, ob der Präterirte ein suus oder ein Emancipirter sey[87]); — sie genügt weder um zu vereinigen, noch um den Dissens zwischen Paulus und den übrigen Juristen zu heben. Denn wenn gleich der Erstere in der L. 15. §. 1. D. *de legatis praestandis* nur von einem eingesetzten Emancipirten und von einem präterirten suus spricht, so sind doch die von ihm angeführten Gründe auch auf das entgegengesetzte Verhältniß anwendbar, indem er

85) Schon Retes (Cap. XII. §. 6.) sucht durch diesen Unterschied die beiden Stellen Ulpians mit einander zu vereinigen. Was Förster dagegen vorbringt (§. 165. p. 457), daß nämlich die zur c. t. B. P. berechtigten Conjuncti nicht schlechter daran seyn könnten, als diejenigen, welche dies Recht nicht haben, und daß überdies die Quellen ganz allgemein von dem Rechte derer sprächen, quibus portio conservatur, bedarf wohl, nach dem, was zur Begründung der im Texte vorgetragenen Meinung gesagt werden mußte, keiner besondern Widerlegung.

86) So z. B. Cujacius ad Africanum Tr. IV. opp. prior. T. I. p. 1385 in f.

87) Wie z. B. die Glosse ad L. 5. §. 8. D. *de leg. praestandis* Note 5. und ad L. 16. *eod.* Note f.

davon ausgeht: Wer zur c. t. b. p. gerufen ist, darf auch nur die einem solchen obliegenden Verbindlichkeiten erfüllen, wenn er gleich auf einem andern Wege zur Erbschaft gelangt, — Ulpian dagegen seine Entscheidung darauf stützt: Wer eine letztwillige Verfügung einmal anerkannt hat, muß sie auch mit allen ihren Folgen für sich gelten lassen. Wie so oft im römischen Rechte wird daher auch hier nicht der entschiedene Fall, sondern der Grund, worauf die Entscheidung sich stützt, als wesentlicher Inhalt der Stellen zu betrachten seyn.

Eine vollständige, zugleich die Resultate der bisherigen Erörterungen mit umfassende Beantwortung der Frage: Was in Ansehung der Vermächtnisse Rechtens sey, wenn ein Testament vorliegt, gegen welches die c. t. b. p. möglich ist? würde daher so lauten:

I) Ein eingesetzter Notherbe, welcher aus dem Testamente succedirt, muß alle Vermächtnisse entrichten, jedoch, wenn er mit einem Präterirten concurrirt, nur für seinen Erbtheil; schließt er sich der durch einen Andern eröffneten c. t. b. p. an, so braucht er blos an personas conjunctas Vermächtuisse zu zahlen.

II) Ein präterirter suus hat in der Regel gar keine Vermächtnisse zu entrichten. Ein präterirter Emancipirter ist sie den personis conjunctis zu leisten schuldig, ausser wenn er mit jenen bei der c. t. b. p. zusammentrifft, in welchem Falle er gleiches Recht mit denselben genießt. Gelangt der suus zwar ebenfalls zur Erbschaft, aber entweder als eingesetzter Erbe, oder durch eine Intestaterbfolge, ohne daß für ihn die c. t. b. p. möglich wäre [88],

88) Also wenn er enterbt ist, die Enterbung aber ihre Wirksamkeit verliert. L. 20. pr. D. *de B. P. c. tabb.* —

so bleibt es für den Emancipirten bei der Regel, wonach er die Vermächtnisse an die conjunctas personas zahlen muß.

III) Wenn Jemand, statt von der ihm angebotenen c. t. b. p. Gebrauch zu machen, ab intestato succedirt, so muß er die Vermächtnisse entrichten, welche er als b. possessor zu leisten gehabt hätte[89]), gleichwie der, welcher die testamentarische Succession aufgiebt, um ab intestato zu succediren, Alles erfüllen muß, was ihm als testamentarischem Erben obliegen würde[90]).

Daß ein präterirter suus statt von der c. t. B. P., von der civilrechtlichen Intestaterbfolge Gebrauch macht, hebt die durch ihn auch dem blos prätorischen Notherben erworbene Befreiung von der Vermächtnißzahlung nicht auf.

89) L. 6. §. 9. D. *si quis omissa causa testamenti.* — Es versteht sich, daß man dabei an einen Fall denken muß, wo die Wahl zwischen Intestatsuccession und c. t. B. P. für den Erben an und für sich zwar möglich ist, dennoch aber eine Verpflichtung zur Legatenzahlung eintritt. Dies ist der Fall a) wenn ein civilrechtlicher und ein prätorischer Notherbe präterirt ist, der Erstere aber auf sein Recht verzichtet (s. oben Note 64.); b) wenn ein Emancipirter präterirt, ein Extraneus aber eingesetzt ist, und nach dem Tode des Erblassers das Testament destituirt wird (Cujacii Observationes Lib. III. Cap. XX. R. J. Pothier Pandectae Justinianeae ad Tit. *de leg. praestandis* Nr. II. Not. b. Tom. II. p. 250.). Die in der Accursischen Glosse angeführten Beispiele passen insgesammt nicht, da sie entweder zu den Fällen gehören, wo der auf die angebotene c. t. B. P. Verzichtende sämmtliche Vermächtnisse zahlen muß, oder zu denen, wo er gar keine zu entrichten nöthig hat.

90) L. 23. D. *si quis omissa causa testamenti.* — Es wird hier vorausgesetzt, daß die eingesetzten Erben allein die

Ist nun die c. t. b. p. eine Art der Intestatsuccession, — oder (richtiger ausgedrückt): tritt in Folge derselben die Intestatsuccession ein? Die Vertheidiger der bejahenden Antwort, unter denen Arn. Vinnius[91]), Luc. van de Poll[92]) und Glück[93]) genannt seyn mögen, beziehen sich hauptsächlich a) auf einige Stellen, worin es heißt: „rescindi patris judicium per c. t. b.

Erbschaft behielten, der Präterirte also von seinem Rechte keinen Gebrauch machte (s. die Interpretatio Basilicorum Tom. IV. p. 809.). So steht denn diese Bestimmung mit den oben entwickelten Principien völlig im Einklange.

91) *A.* Vinnius Commentar. ad §. 1. Inst. de B. P. Nr. 1.

92) De exheredatione et praeteritione Cap. XVII. §. 13. — Doch bestreitet v. de Poll die Meinung des Alciati, daß die Rescission eines Testaments durch c. t. B. P. zur B. P. intestati unde liberi führe (Paradoxor. Lib. IV. Cap. XIV. Nr. 3.). Auch will er ein Testament, worin ein suus präterirt ist, nicht nullum jure praetorio genannt wissen, weil der Prätor einen solchen letzten Willen keineswegs als einen nichtigen betrachte.

93) Bd. VII. d. Commentars §. 551. S. 290 u. 312, und Intestaterbfolge S. 35 fg. Nr. 2. (der 2. Aufl.). — Früher war Glück übrigens der entgegenstehenden Meinung des Averanius beigetreten in dem Dissert. de constituenda legitimae portionis parentum quantitate §. 27. Not. 63. (opp. Fasc. III. p. 182 sqqu.), und auch in der Intestaterbfolge schränkt er an einem andern Orte die obige Behauptung dahin ein: daß man die b. p. c. t. keineswegs für eine und dieselbe mit der Unde liberi halten dürfe, und nur die Wirkungen der ersteren von der B. P. intestati nicht sehr unterschieden seien (§. 94. S. 347. not. 19.).

possessionem[94]), oder „*quocunque jure intestatae successionis*, id est aut *testamento* penitus non condito, aut si factum fuerit, *c. t. b. possessione petita*, vel inofficiosi querela mota *rescisso*"[95]), — oder auch von einem Notherben gesagt wird: „testamentum per c. t. b. possessionem stare non patitur[96]); sodann b) darauf, daß die Ordnung und Art der Succession hier ganz dieselbe sey, wie bei der b. p. intestati unde liberi (s. oben S. 1. Not. 3. u. 5.) — Doch dürfte wohl die verneinende Meinung gegenwärtig die meisten Stimmen für sich haben und auch den Vorzug verdienen. Als Anhänger derselben sind auszuzeichnen Jos. Fern. Retes[97]), Joh. Averani[98]), welchem Hofacker folgte[99]), Sartorius[100]), Koch, der übrigens den ganzen Streit für einen bloßen Wortstreit erklärte[1]), ferner Förster[2]), Bluntschli[3]) und Francke[4]). Und allerdings ist es gewiß a) daß die c. t. b. p. nicht nur das Daseyn eines Testaments vor-

94) L. 1. pr. D. *de leg. praestandis.*

95) L. 17. C. *de collationibus* (VI. 20.).

96) L. 1. §. 1. C. *de liberis praeteritis* (VI. 28.).

97) *de* Retes Adversar. ad Tit. D. *de B. P.* Cap. I. und daselbst besonders §. 8.

98) *Joh.* Averanii Interpretatt. jur. Lib. I. Cap. VII.

99) *C. C.* Hofacker Princ. jur. comm. Rom. Germ. T. II. §. 1639.

100) Sartorius Diss. cit. p. 15. not. o.

1) Koch B. P. §. 8. S. 124 — 127.

2) Förster B. P. §. 123 — 125.

3) Erbfolge gegen den letzten Willen S. 63.

4) Notherbenrecht §. 12. S. 163 fgg.

aussetzt, sondern eines solchen, woraus der Prätor eine sec. t. b. p. giebt, soferne der präterirte Notherbe nicht im Wege steht[5]); b) daß die b. p. intestati erst auf die sec. tabb. folgt, diese aber der c. t. b. p. nachstehen muß[6]), weßhalb denn die Erstere mit der Letztern nicht identisch seyn kann[7]); c) daß einzelne testamentarische Anordnungen und darunter die so wichtige, sich auf Enterbungen beziehende, bei Kraft blieben, so daß es in

5) L. 19. D. *de B. P. c. tabb.* — S. Bd. XXXVI. S. 327. Note 18. d. Commentars, vgl. auch oben Note 7, S. 6. dies. Bds.

6) L. 1. pr. §. 1. u. 2. D. *si tabb. testamenti nullae exstabunt.* (XXXVIII. 6.)

7) Nur wenn man die Nachricht bei Gajus (Lib. II. §. 119 u. 120) oberflächlich lies't, könnte man allenfalls versucht werden zu glauben, es sey das Verhältniß der verschiedenen Arten der B. P. ursprünglich ein anderes gewesen, es habe nämlich die sec. t. B. P. auf die intestati gefolgt und erst seit dem Rescripte Antonin's sey dieser Vorzug der B. P. intestati auf Descendenten eingeschränkt. Daß indessen die Ordnung des prätorischen Erbsystems, wie sie uns aus den juristischen Klassikern bekannt ist, die ursprüngliche des Edicts gewesen sey, läßt durchaus keinen gegründeten Zweifel zu. Die römischen Juristen nennen die c. t. B. P. daher auch B. P. ex prima parte edicti, oder ex dicto primo. (L. 4. pr. L. 12. D. *de Carboniano edicto.* L. 42. §. 2. *de bonis libertorum,* (XXXVIII. 2.). (*J.* Cujacius in *Papiniani* Lib. XIII. Quaest. ad L. 42. *de bonis libertorum* opp. posterior. T. I. p. 369.); und Gajus in der oben angeführten Stelle sagt ja nur, die Wirksamkeit der sec. tabb. b. p. habe ehemals davon abgehangen, daß keine civilrechtliche Intestaterben vorhanden seyen. Vgl. Bd. XXXVI. d. Commentars S. 315.

jedem Falle sehr ungenau ausgedrückt ist, wenn man sagt: Es sey in Folge der c. t. b. p. Intestaterbfolge eingetreten, oder wohl gar: das Testament sey dadurch seinem ganzen Inhalte nach ungiltig geworden [8]). Indessen sind diejenigen, welche die obige Frage verneinen, hier zum Theil wieder viel zu weit gegangen; bei Manchen derselben finden sich Behauptungen und Gründe, die nichtssagend und nur zu einer Verwirrung der Begriffe führend, oder geradezu falsch sind. Was soll man z. B. dabei denken, wenn Retes sagt: die c. t. b. p. sey nicht sowohl contra testamentum s. tabulas, als vielmehr nur contra lignum [9]), oder wenn es bei Averani heißt: Praetor rescindit judicium defuncti, non testamentum [10]), oder wenn der erstere Schriftsteller in der Nachsuchung der c. t. b. p. eine Billigung des Testaments findet, weil der Nachsuchende dadurch erkläre: es sey kein nichtiges Testament, sondern ein solches, aus welchem eine sec. t. b. p. gegeben werden könne [11])! Auch läßt sich die Behauptung nicht mit Consequenz durchführen, daß zwar die querela inoff. testamenti zur Intestaterbfolge führe, nicht aber die c. t. b. p. Förster sucht diese Behauptung dadurch zu rechtfertigen, daß, wenn die Querel auch bisweilen das Testament nur für den Theil des Querulanten rescindire, doch in Ansehung dieses Theils die Intestaterbfolge vollständig eintrete [12]).

8) So heißt es z. B. noch bei Mackeldey Lehrb. d. heut. röm. Rechts §. 661. A. Nr. 4. in f.

9) Retes l. l. Cap. II. §. 2. und Cap. IX. §. 2.

10) Averanii Interpretatt. jur. Lib. I. Cap. VII. Nr. 14.

11) Retes l. l. Cap. II. §. 8.

12) Foerster l. l. §. 124.

Allein was heißt das: Die Rescission eines Testaments führt zur Intestaterbfolge, wenn man es einmal mit dieser Frage genau nimmt? Die Antwort kann doch wohl nur seyn: Alle gleichberechtigte Intestaterben gelangen zur Succession. Denn sonst kann man nur sagen, es erhalte ein Intestaterbe seinen Erbtheil neben dem testamentarischen Erben, oder es werde theilweise aus dem Testament, theilweise nach den Grundsätzen der gesetzlichen Erbfolge succedirt, wie denn gerade in Beziehung auf dieß Recht der querela inoff. testamenti Papinian auch bemerkt: „nec absurdum videtur, pro parte intestatum videri“ [13]). Im eigentlichen Sinne also darf man nicht behaupten, daß die querela inoff. testamenti stets die reine Intestatsuccession zur Folge habe. Aber nicht einmal für den Theil des Querulanten ist dieß unbedingt wahr, da Pupillarsubstitution, bisweilen auch Vermächtnisse, aufrecht erhalten werden [14]), und selbst Enterbungen ihre Wirkungen behalten, indem der Theil des Enterbten sogar dem eingesetzten Erben verbleibt [15]). Und will man endlich darauf ein besonderes Gewicht legen, daß die c. t. b. p. ein Testament voraussetzt, woraus die Antretung der Erbschaft an sich möglich ist, so heißt dieß doch im Grunde nur: es bedarf der Rescission überall nicht, wenn das Testament von selbst null und nichtig ist, indem alsdann ohne Weiteres die reine Intestaterbfolge eintritt (s. S. 6.); dieß aber läßt sich in gleicher Art auch auf die Querel anwenden. So verschieden

13) L. 15. in f. D. *de inoff. testamento.* — S. Bd. XXXV. d. Commentars S. 343.

14) Bd. XXXV. d. Commentars S. 374 fgg. S. auch oben die Noten 12 — 15. (S. 8.)

15) Bd. XXXV. d. Commentars S. 393 fgg. Nr. a.

daher auch Grundbedingungen und Wirkungen beider Rechtsmittel sind, so darf man doch immer nicht sagen, der wesentliche Unterschied zwischen beiden bestehe darin, daß durch die Querel Intestatsuccession herbeigeführt werde, nicht aber durch die c. t. b. possessio. Auch ist es schwerlich zu billigen, wenn man die b. p. c. t. eine testamentaria nennt[16]), — ein Ausdruck, der, wie so manche andere übertriebene Behauptungen über die Einwirkung des Testaments auf das Recht der c. t. b. p. wohl lediglich dem Umstande sein Daseyn verdankt, daß Justinian im §. 3. Inst. *de b. possessionibus* die b. p. quae praeteritis liberis datur, eine b. p. *ex testamento* nennt. Gewiß nicht passend, da diese b. p. zwar durch ein Testament veranlaßt ist, im übrigen aber ja nicht aus dem Testament, sondern gegen dasselbe gegeben wird[17]), — und eben so wenig darf man mit Bluntschli (s. Note 16.) sagen: sie sei eine testamentarische Succession, da sie ein Testament voraussetzte und ohne dieses gar nicht bestehen könne, habe aber ihrem Inhalte nach einen Theil der Intestaterbfolge in sich aufgenommen. — Gerade umgekehrt würde man sie eher eine Intestatsuccession nennen können, die einen Theil der testamentarischen Erbfolge in sich aufgenommen. Denn die dazu berufenen Personen gehören sämmtlich[18]) zum ordo liberorum[19]); sie fol-

16) Dies geschieht z. B. von Sartorius Diss. cit. p. 14. und Bluntschli a. a. O. S. 63. Note 17.

17) Schrader ad h. Inst. loc. bemerkt dazu: „Sensu lato, quasi dixerit: quae sine testamento esse nequeunt."

18) Nur die in Adoption gegebenen und, so lange dies Verhältniß besteht, von der B. P. unde liberi ausgeschlossenen Kinder haben in einem Falle auch die c. t. B. P.

gen in der Ordnung auf einander, wie die Descendenten bei der b. p. intestati unde liberi; sie rescindiren das Testament, mit Ausnahme einzelner besonders bestimmter Punkte, völlig, und concurriren, so weit die Restitution erfolgt, mit einander zur Erbschaft nach den für die Intestaterbfolge geltenden Regeln[20]. — Nur eine b. p. intestati darf man sie freilich auch nicht nennen, da diese b. p. im prätorischen Erbfolgesystem ihren eigenthümlichen Platz erst hinter der sec. tabb. b. p. hat, und die zu zu derselben berufenen Personen hier zum zweitenmal[21], und zwar unter anderen Voraussetzungen und ohne Beschränkung ihres Intestaterbfolgerechts wieder vorkommen. Die durch c. t. b. p. vermittelte Erbfolge läßt sich daher ihrem Grunde, ihrer Stellung und ihrer Wirkung nach, als eine eigenthümliche, den beiden übrigen species (sec. tabb. und intestati b. p.) zu coordinirende prätorische

(L. 8. §. 11. D. *de B. P. c. tabb.*); eine Ausnahme, die für den Grundsatz, worauf das Recht, durch c. t. B. P. zu succediren, beruht, kaum in Betracht kommt.

19) Oder wie Hugo (Rechtsgesch. S. 581. d. 11. Ausg.) sagt: „Ist ein Testament da, so giebt es noch einige ab intestato Berechtigte, die dem Testamente, wenn darin nicht genug Rücksicht auf sie genommen ist, vorgehen." Auf ähnliche Art äussert sich Bluntschli (a. a. O. S. 63.): es werde der erste Ort der Intestatsuccession hervorgezogen und an die Spitze des ganzen prätorischen Erbfolgesystems als Ausnahme von der Regel der sec. t. B. P. gesetzt.

20) L. 8. §. 14. L. 11. §. 1. D. *de B. P. c. tabb.*

21) L. 1. §. 5. D. *si tabb. testamenti nullae exstabunt.* „Recte autem Praetor a liberis initium fecit ab intestato successionis, ut, *sicuti c. tabb. ipsis defert, ita et ab intestato ipsos vocet.*"

Successionsart bezeichnen; ihrer Wirkung nach insonderheit ist sie ein gemischtes Rechtsinstitut, wobei indessen — so wie auch bei der querela inofficiosi testamenti, (nur hier auf etwas verschiedene Weise) die Grundsätze der Intestatsuccession vorherrschend sind.

So viel mußte an diesem Orte schon über die Natur der c. t. b. p. gesagt werden, um die Veränderungen, welche Justinian im Notherbenrechte vornahm, gehörig würdigen zu können. Aus gleichem Grunde aber ist nun auch noch von den zur c. t. b. p. berufenen Subjekten, so wie von der Art und Weise, wie sie nach prätorischem Rechte im Testamente zu berücksichtigen sind, etwas genauer zu handeln.

A) Die Subjekte anbelangend, so steht diese b. p. nur Descendenten gegen Testamente solcher Ascendenten zu, deren sui heredes sie sind, oder doch gewesen seyn würden, wenn sich in Ansehung ihrer das Familienverhältniß nicht geändert hätte. Gegen ein Testament der Mutter und mütterlicher Großeltern ist also dieß Rechtsmittel nicht zulässig, da das Princip, worauf es beruht, väterliche Gewalt und die davon ausgehende Suität des Notherben ist, welche da, wo sie auch wirklich sich nicht findet, doch als vorhanden fingirt wird, weil sie ohne eine Veränderung der Familienverhältnisse Statt gefunden haben würde [22]. „Ad testamenta feminarum (sagt

22) L. 6. §. 1. D. *de B. P.* — Es giebt freilich auch noch andere Fälle, wo von Rescission einer capitis deminutio nicht die Rede seyn kann (vgl. L. 1. §. 6. D. *de B. P. c. tabb.*). Doch oberster Grundsatz für das Recht der blos prätorischen Notherben, und zugleich die meisten Fälle umfassend, ist allemal der: Praetor rescissa ca-

daher Paulus) Edictum c. t. b. possessionis non pertinet, quia suos heredes non habent" [23]). Außer der querela inoff. testamenti hatten präterirte Kinder gegen das Testament der Mutter überhaupt kein Impugnativmittel [24]), und dieß Recht blieb auch bis auf Justinian ungeändert [25]).

Die zu der c. t. b. p. gerufenen Descendenten nun sind, wie oben (S. 4 fg.) schon bemerkt wurde, die nämlichen, welche zur B. P. unde liberi gelassen werden können [26]). Sie zerfallen in zwei Hauptklassen: civilrechtliche (sui und qui suorum loco sunt [27]), und bloß prätorische (Emancipirte u. s. w.); für die Ersten ist die b. p. nach dem Sprachgebrauche der Neuern nur eine utilis, da sie deren nicht bedürfen, um ihr Notherbenrecht geltend zu machen, für die Letzteren eine necessaria [28]). Nützlich konnte dem civilrechtlichen Notherben die b. p. seyn, a) wegen des interdictum quorum bo-

pitis deminutione dat B. Possessionem. — A. M. ist Francke Notherbenrecht S. 123.

23) L. 4. §. 2. D. *de B. P. c. tabb.*; womit zu verbinden ist L. 13. D. *de suis et legitimis* (XXXVIII. 16.): „Nulla femina aut habet suos heredes, aut desinere habere potest propter capitis deminutionem."

24) L. 15. C. *de inoff. testamento* (II. 28.).

25) S. Foerster l. l. P. II. §. 4. not. 9. p. 143 squ. — Vgl. auch Bd. XXXV. d. Comment. S. 184 u. 185. Note 19.

26) Die Quellenbelege hiezu s. oben S. 4. Note 2. Dieselben Descendenten haben auch die querela inoff. testamenti. Vgl. Bd. XXXV. S. 148 fg. Nr. 1. 2. a.; S. 152. S. 161 bis 183.

27) S. Bd. XXXVI. d. Commentars S. 153—162.

28) S. hiezu oben Note 27. S. 15.

norum [29]), b) weil sie das Mittel war, ein Recht gegen die bloß prätorischen Notherben auf collatio bonorum zu erhalten [30]), und c) weil sie ehedessen den suis, welche nicht Söhne waren, und daher nach Civilrecht, wegen Präterition ein bloßes jus accrescendi hatten, den Vortheil gewährte, eingesetzte Extraneos ganz auszuschließen [31]). Uebrigens unterscheidet auch der Prätor nicht, ob die sui durch eheliche Geburt, oder durch eine civile Handlung (Adoption oder in manum conventio) Suitätsrechte erhalten haben; die sui der letzten Art stehen, so lange dies Verhältniß dauert, denen der ersten Art völlig gleich [32]).

Die blos prätorischen Notherben [33]) sind wieder von doppelter Art:

29) L. 1. pr. D. quorum bonorum — „Ueber die exegetischen Schwierigkeiten dieser Stelle s. m. v. Savigny's Abhandlung über das Interdict quorum bonorum, in der Zeitschrift für geschichtl. Rechtswissenschaft Bd. V. S. 11 fgg. Die Streitigkeiten über den Zweck dieses Interdicts und dessen Verhältniß zur hereditatis petitio können hier auf sich beruhen bleiben. Doch sind diejenigen keineswegs für widerlegt zu halten, welche annehmen, daß es dem Kläger die Vortheile eines schnelleren Prozesses gewährt habe. Vgl. Francke Notherbenrecht S. 98—107.

30) L. 1. §. 1. u. §. 8. L. 3. pr. D. *de collatione bonorum.*

31) S. Marani Paratitla p. 365. Col. B. — Foerster l. l. §. 7. p. 151 sqq. — Vgl. auch oben S. 9. Note 17.

32) L. 1. pr. D. *de B. P. c. tabb.* — Ulpiani Fragm. Tit. XXVIII. §. 3. — §. 11. in f. Inst. *de hereditatibus quae ab intestato deferuntur.* — Foerster de B. P. Partic. II. §. 6. p. 148 squ. Nr. 2. §. 12. u. p. 160.

33) De Retes Adversar. ad Tit. D. *de B. P. c. tabb.*

1) Solche, welche in Folge der Fiction zur Erbschaft gerufen werden, daß eine capitis deminutio, wodurch die Familienrechte vernichtet sind (c. d. minima) nicht eingetreten sey. Hieher gehören zunächst diejenigen, welche vermittelst einer c. d. aus der väterlichen Gewalt des Erblassers herausgegangen sind: liberi, qui propter capitis deminutionem desierunt sui heredes esse, quorum capitis deminutionem Praetor rescindit[34]. Doch blieb man bei diesen unmittelbaren Fällen nicht stehen. Man ließ auch diejenigen zur B. P., welche nie sui heredes des Erblassers gewesen waren, ohne die eingetretene c. d. aber es gewesen seyn würden (z. B. die später erzeugten Enkel von einem emancipirten oder in Adoption gegebenen Sohne); ja selbst der Umstand genügte schon, um die B. P. zu begründen, daß ohne die eingetretene Capitisdeminution der Erblasser, wäre er selbstständig gewesen, den b. p. zum Erben gehabt haben würde; (aus diesem Grunde erhielten die in der Gewalt des Großvaters zurückgebliebenen Kinder eines emancipirten oder in Adoption gegebenen Sohnes gegen das Testament ihres Vaters die B. P.). Diese Ausdehnungen des Edicts nun wurden durch ein förmliches Dekret des Prätors vermittelt, — m. a. W. es gehörten diese Fälle nicht zur edictalis, sondern zur decretalis

Cap. III.; besonders aber Foerster de B. P. Partic. II. §. 8—31. p. 152—200. — Eine Uebersicht versucht zu geben Fritz in dem von Grolman u. v. Löhr herausgegeb. Magazin f. Rechtswiss. u. Gesetzgebung Bd. IV. Nr. XIII. Vgl. auch Francke Notherbenrecht §. 10. S. 123—128.

34) L. 6. §. 1. D. *de B. P.* (XXXVII. 1.). — L. 3. D. *si tabb. testamenti nullae exstabunt.*

B. P.[35]). Doch herrschte über manche dieser Fälle unter den römischen Juristen Streit. Man stritt theils über die Zulässigkeit der B. P. überhaupt, theils darüber, ob es in gewissen Fällen eines Dekrets bedürfe[36]), — obwohl man freilich nicht einen Dissens der Juristen annehmen darf, wenn es bei einem Juristen heißt, daß B. P. ex decreto gegeben werde, bei einem Andern aber in dem nämlichen Fall von einem Dekret nicht die Rede ist. Denn im Laufe der Zeiten mußte das Dekret in sehr vielen Fällen eine bloße, schwerlich immer beobachtete Förmlichkeit werden[37]), und daraus erklären sich denn einzelne Verschiedenheiten in der Darstellung bei den römischen Juristen leicht.

Die hieher gehörigen Notherben sind nun:

1) Emancipirte, welche das Edict wohl ursprünglich allein nannte. Nur diese bezeichnet Ulpian als zur B. P. berufene prätorische Notherben, wenn er sagt: „Contra tabulas B. P. *datur liberis emancipatis testamento praeteritis*“[38]), und nur auf Emancipirte bezog sich die Bestimmung des Edicts über Collationspflichtigkeit[39]). Emancipirte also, Kinder wie Enkel[40]), haben

35) M. s. hierüber v. Löhr in d. Magazin f. d. Rechtswiss. u. Gesetzgebung Bd. II. S. 437—443.

36) Foerster l. l. §. 30. 31.

37) Vgl. meine Cession der Forderungsrechte S. 155 folg. (d. 2ten Aufl.) u. Foerster l. l. p. 199. §. 31.

38) Ulpiani Fragm. Tit. XXVIII. §. 2.

39) L. 1. pr. D. *de collatione bonorum*: „Quum Praetor ad B. P. c. tabb. emancipatos admittat, participesque faciat cum his, qui sunt in potestate, bonorum paternorum, consequens esse credidit, ut sua quo-

ein Recht auf c. t. B. P., jedoch nur sofern sie nich beim Tode des Erblassers, oder auch noch ehe sie di B. P. nachsuchen, einer fremden Familiengewalt unter worfen sind[41]). Emancipirten Enkeln steht dies Rech auch gegen ihren in der Gewalt zurückgebliebenen natür lichen Vater zu, — ungeachtet sie dessen Gewalt niemal unterworfen waren —, weil sie ohne die c. d. sui here des ihres Vaters gewesen seyn würden[42]). Aus gleicher

que bona in medium conferant. — Vgl. auch L. 3. pr *eod.* ULPIANI Fragm. Tit. XXVIII. §. 4. PAULI recepta sententiae Lib. V. Tit. IX. §. 4. — Darum beschränke Ranchinus und Westenberg in ihren Wiederherste lungen d. Edicts die Worte des Prätors mit Recht au Emancipirte, wogegen DE WEYHE (Libri III. edic p. 236.) die späteren Ausdehnungen mit einmengt.

40) L. 6. §. 2. D. *de B. P. c. tabb.* L. 5. §. 2. D. *si tab testamenti nullae exstabunt.* (XXXVIII. 6.) — E versteht sich jedoch, daß ihnen ihr Vater vorgeht, ma dieser in der Gewalt zurückgeblieben oder ebenfalls ema cipirt seyn. L. 6. §. 1. D. *de B. P. c. tabb.* FOERSTE l. l. §. 10. — Das Edict *de conjungendis cum ema cipato liberis* ging auf diese Fälle nicht, sondern setz voraus, daß ein emancipirter Sohn mit seinen in de großväterlichen Gewalt zurückgebliebenen Enkeln co currire. FOERSTER l. l. §. 30. p. 198. not. 96. §. 5 p. 263 sq.

41) L. 3. §. 6. D. *de B. P. c. tabb.* „Si emancipatu filius praeteritus *ante petitam B. P.* (s. FOERSTE l. l. §. 13. p. 161 sqq. Francke a. a. O. S. 135.) arr gandum se dederit, amittit c. t. B. P." An sich sch dete dies freilich nichts, wenn sie nur von ihrem Ado tiv-Vater vor dem Tode ihres natürlichen Vaters w der emancipirt waren, indem sie dadurch in ihr alt Verhältniß zu dem Letzteren zurücktraten. L. 6. §. 4. *e*

42) L. 6. §. 2. D. *de B. P. c. tabb.*

Grunde nimmt auch der in der großväterlichen Gewalt zurückgebliebene Enkel das nämliche Recht gegen seinen emancipirten Vater in Anspruch, und zwar nicht blos nach dem Tode des Großvaters (denn dies ist wieder nur eine natürliche Folge der rescindirten c. d.), sondern selbst noch bei dem Leben desselben [43]). Hierin liegt allerdings etwas Anomalisches, indem die Vernichtung der Emancipation bei Lebzeiten des Großvaters im Grunde ja nur die Folge haben kann, daß der Sohn dessen Gewalt wieder unterworfen wird; er würde mithin weder die testamenti factio, noch suos heredes haben können [44]). Daher stützt Ulpian dies Recht auch nicht auf das formelle Rechtsprincip (Praetor rescindit cap. deminutionem), sondern auf den höhern Rechts- und Billigkeitsgrundsatz, worauf das Erbrecht der Kinder, auch wenn sie nicht in der Familiengewalt des Vaters stehen, überhaupt beruht [45]). Das Vermögen selbst wurde übrigens

43) L. 7. D. *de B. P. c. tabb.* — Vgl. L. 5. §. 1. L. 6. D. *si tabb. testamenti nullae exstabunt.*

44) S. hierüber, wie über dies ganze Rechtsverhältniß, Foerster l. l. §. 19.

45) L. 6. D. *si tabb. testamenti nullae exstabunt.* „Si pater filium emancipaverit, nepotem retinuerit, deinde filius decesserit, *et rei aequitas et causa edicti, quo de B. P. liberis danda cavetur, efficit, ut ejus ratio habeatur*, et B. P. intestati patris detur." — Ein Dekret war hierzu ursprünglich allerdings erfoderlich. L. 4. D. *de conjungendis cum emancipato liberis*; Ulpian erfodert es in der L. 6. cit. nicht, und eben so wenig Pomponius in der L. 5. §. 1. D. *si tabb. testamenti nullae exstabunt.* Vgl. v. Löhr B. P. decretalis a. a. O. p. 441. not. 1. und Foerster p. 175 sq. not. 60.; s. jedoch was hierüber oben S. 56. bemerkt ist.

hier dem Großvater erworben, so lange der Grundsatz bestand, daß Kinder in der Gewalt kein eigenes Vermögen haben könnten[46]. — Endlich erfodert es die Consequenz, den Enkel auch alsdann zur B. P. zuzulassen, wenn sowohl sein Vater, als er selbst von dem Großvater emancipirt ist, obgleich dies nur durch die Fiction einer zwiefachen Vernichtung der eingetretenen Capitisdeminution vermittelt werden kann[47]. — Von selbst versteht es sich übrigens, daß dies Erbrecht der Enkel an dem Vermögen des emancipirten Sohns den nämlichen Bedingungen unterworfen ist, wie das des Emancipirten gegen den emancipirenden Ascendenten; also a) die Enkel, oder auch der Vater, den er beerben will, dürfen sich zur Zeit der Delation des Erbrechts nicht (durch Adoption oder Adrogation) in einer fremden Familie befinden[48], sodann b) müssen sie natürliche Descendenten dessen seyn, welchen sie beerben wollen, mithin darf weder dieser, noch dürfen sie selbst nur durch eine Adoptionshandlung des Großvaters in dessen Gewalt gekommen seyn[49].

2) Nächst dem Emancipirten gehören insbesondere[50]

46) Darum mußte denn auch der Großvater den Miterben seines Enkels in diesem Falle conferiren. L. 6. D. *si tabb. testamenti nullae exstabunt.* — — „ut tamen bona sorori, quae necessaria heres patri exstitit, conferre cogatur avus.“ — L. 5. pr. D. *de collatione bonorum* (XXXVII. 6.). S. *Jo. Ortw.* Westenberg Divus Marcus Dissert. XIII. (opp. omnia T. III. p. 141 sqqu.).

47) Foerster l. l. § 21. p. 177 squ.

48) Foerster l. l. §. 20. p. 175 squ. Nr. 2.

49) Foerster l. l. §. 20. p. 174 squ. Nr. 1.

50) Die B. P. einer durch in manum conventio aus der

Grunde nimmt auch der in der großväterlichen Gewalt zurückgebliebene Enkel das nämliche Recht gegen seinen emancipirten Vater in Anspruch, und zwar nicht blos nach dem Tode des Großvaters (denn dies ist wieder nur eine natürliche Folge der rescindirten c. d.), sondern selbst noch bei dem Leben desselben [43]. Hierin liegt allerdings etwas Anomalisches, indem die Vernichtung der Emancipation bei Lebzeiten des Großvaters im Grunde ja nur die Folge haben kann, daß der Sohn dessen Gewalt wieder unterworfen wird; er würde mithin weder die testamenti factio, noch suos heredes haben können [44]. Daher stützt Ulpian dies Recht auch nicht auf das formelle Rechtsprincip (Praetor rescindit cap. deminutionem), sondern auf den höhern Rechts- und Billigkeitsgrundsatz, worauf das Erbrecht der Kinder, auch wenn sie nicht in der Familengewalt des Vaters stehen, überhaupt beruht [45]. Das Vermögen selbst wurde übrigens

43) L. 7. D. *de B. P. c. tabb.* — Vgl. L. 5. §. 1. L. 6. D. *si tabb. testamenti nullae exstabunt.*

44) S. hierüber, wie über dies ganze Rechtsverhältniß, Foerster l. l. §. 19.

45) L. 6. D. *si tabb. testamenti nullae exstabunt.* „Si pater filium emancipaverit, nepotem retinuerit, deinde filius decesserit, *et rei aequitas et causa edicti, quo de B. P. liberis danda cavetur, efficit, ut ejus ratio habeatur*, et B. P. intestati patris detur." — Ein Dekret war hierzu ursprünglich allerdings erfoderlich. L. 4. D. *de conjungendis cum emancipato liberis*; Ulpian erfodert es in der L. 6. cit. nicht, und eben so wenig Pomponius in der L. 5. §. 1. D. *si tabb. testamenti nullae exstabunt.* Vgl. v. Löhr B. P. decretalis a. a. O. p. 441. not. 1. und Foerster p. 175 sq. not. 60.; s. jedoch was hierüber oben S. 56. bemerkt ist.

[illegible]

um
ung
lich
uasi
. 26.
tioni-
in der
natür-
haben
in dem
g. plena
Wahr-
orden, in
Si filius in
stitutus sit
dicto magis
avo mo-
chte w
chen Af
Adoption

institutus

hieher die in Adoption gegebenen Descendenten, — nämlich nachdem sie beim Leben ihres natürlichen Vaters durch Emancipation wieder sui juris geworden sind[51]); denn sonst steht ihnen der bekannte Grundsatz im Wege: adoptio tam diu nocet, quam diu quis in aliena familia est[52]). In zweien Fällen wurde indessen ein Adoptirter, auch während er sich noch in der fremden Familie befand, zur B. P. seines natürlichen Vaters gelassen, a) wenn er einem väterlichen Ascendenten in Adoption gegeben war; also wenn das von einem emancipirten Sohn erzeugte Kind von seinem väterlichen Großvater, oder der in Gewalt seines Großvaters zurückgebliebene Enkel von seinem leiblichen Vater adoptirt wurde. Im ersten Falle hatte der Adoptirte an dem Vermögen des natürlichen Vaters, im letztern an dem seines Großvaters prätorisches Erbrecht, obgleich er hier wie dort durch datio in adoptionem seine Familienverhältnisse geändert hatte[53]); b) wenn ein

Familie herausgetretenen Haustochter (argum. Gaji Instit. Lib. I. §. 15. Lib. II. §. 139. Foerster l. l. p. 166.) ist hier nur beiläufig zu erwähnen.

51) L. 6. §. 4. D. *de B. P. c. tabb.* — — „adoptio enim tamdiu nocet, quam diu quis in familia aliena sit. Ceterum emancipatus ad B. P. parentum naturalium venit, *sed emancipatus vivis eis, non etiam post mortem eorum; hoc enim melius est, post mortem eorum, emancipatum non admitti.*" — Vgl. Sartorius Dissert. cit. p. 48 squ., auch Bd. XXXV. des Commentars S. 149. Nr. a.

52) S. die vorhergehende Note. — Ueber den Einfluß aber der L. 10. C. *de adoptionibus* und der Novelle 118 auf das Recht der Adoptirten vgl. Bd. XXXV. des Commentars S. 169—181. u. Foerster l. l. Part. II. §. 18.

53) L. 3. §. 7. u. 8. D. *de B. P. c. tabb.* — S. Bd. XXXV.

leiblicher Ascendent ein solches Kind eingesetzt, andere eigentlich zur B. P. berufene Notherben aber präterirt hatte. Alsdann wurde es jenem auch durch diese möglich, sich der c. t. B. P. anzuschließen[54]).

Geht dieß Recht nun auch auf diejenigen, welche emancipirt sind, und sich dann von einem Extraneus adrogiren lassen? Förster behauptet das Gegentheil, weil die eigentlich hieher gehörigen Stellen sämmtlich von einer datio in adoptionem sprechen; die hiemit schwer zu vereinigende L. 10. pr. D. *de B. P.* [55]) sey von einem

S. 169 fg. Note 78. 79. d. Commentars. Vgl. Foerster §. 28.

54) L. 8. §. 11. D. *de B. P. c. tabb.* — — „nec in totum extranei sunt.“ Diese Worte sollen zur Rechtfertigung der Anomalie dienen, auf ähnliche Art wie hinsichtlich der ersten Ausnahme (s. Note 53) Ulpian sagte: quasi non sit in aliena familia. — Foerster l. l. §. 26. und 27. — Da übrigens nach L. 10. C. *de adoptionibus* ein in Adoption Gegebener die Familienrechte in der väterlichen Familie behält, falls er nicht einem natürlichen Ascendenten in Adoption gegeben ist, so haben auch die hier vorgetragenen Ausnahmen nur noch in dem letzteren Falle (also wenn die adoptio eine s. g. plena ist) Bedeutung, eben so wie die Regel selbst. Wahrscheinlich ist Tribonian dadurch bewogen worden, in L. 10. §. 1. D. *de B. P. contra tabb.* („Si filius in adoptionem datus avo materno heres institutus sit a patre naturali, commisso per alium edicto magis est, ut B. P. accipere possit“), das *avo materno* einzuschalten; denn nach dem früheren Rechte war es ja durchaus gleichgiltig, ob einem mütterlichen Ascendenten oder einem Extraneus das Kind in Adoption gegeben wurde. Foerster l. l. §. 29. p. 194.

55) „Si post mortem testatoris heres institutus filius in

filius familias zu verstehen, welcher sich erst nach dem Tode seines Vaters habe adrogiren lassen[56]). Dies Letztere muß man allerdings zugeben; allein daraus folgt noch nichts für die von Förster angenommene Beschränkung, und da Ulpian den Satz: „scriptis heredibus institutis non solet nocere adoptio" ganz allgemein aufstellt, so muß man auch den Fall darunter subsumiren: wenn ein Emancipirter sich adrogiren läßt.

So wie übrigens den Kindern eines emancipirten Sohns, eben so steht auch denen eines in Adoption gegebenen die B. P. in Ansehung der Erbschaft ihres leiblichen Vaters zu, falls dieser bei seinem Tode nur nicht mehr der fremden Familie angehörte[57]).

3) Auch die von einem Emancipirten oder in Adoption Gegebenen später erzeugten Kinder haben prätorisches Erbrecht an dem Vermögen ihres natürlichen Großvaters, wenn sie sich zur Zeit des deferirten Rechts nicht mehr in der fremden Familie befinden[58]), oder auch vom Te-

adoptionem se dederit, B. P. c. tabb. accipere potest, *quia scriptis heredibus institutis nocere non solet adoptio.*"

56) Foerster l. l. §. 26. not. 74. p. 187 squ.

57) L. 21. pr. D. *de B. P. c. tabb.* „Si is, qui filium et ex eo nepotem in potestate habebat, filium in adoptionem dedit, nepote retento in potestate, postea *filius emancipatus a patre adoptivo decessit* extraneis heredibus institutis, filius hujus, qui in potestate avi remansit, contra tabb. patris sui B. P. petere poterit, quamvis nunquam in potestate hujus fuerit."

58) L. 6. pr. u. §. 4. D. *de B. P. c. tabb.*

stirer eingesetzt sind[59]. Bloße Adoptivkinder haben dies Recht nie[60]. Von selbst versteht es sich, daß die Enkel hier nicht zugelassen werden, so lange ihr eigner Vater ihnen noch vorgehen kann[61]. Doch erhielten sie eine B. P. decretalis[62], wenn ihr Vater sich zur Zeit des deferirten Erbrechts durch Adoption oder Adrogation in einer fremden Familie befand, sie selbst aber von demselben emancipirt worden waren; z. B. ein in Adoption gegebener Sohn erzeugt ein Kind, während er sich in der fremden Familie befindet, oder (ein anderes Beispiel) ein emancipirter Sohn entläßt das nach der Emancipation von ihm erzeugte Kind aus der Gewalt und läßt sich darauf adrogiren, so daß folglich sein Kind nicht mit ihm in die fremde Familie übergeht. In beiden Fällen also wurde dem Enkel die B. P. gegen das Testament seines natürlichen Großvaters wenigstens (praevio decreto) gegeben[63], da

59) Arg. L. 13. §. 1. D. *de B. P. c. tabb.* S. Cujacius in h. l. opp. post. T. IV. p. 53. 54.

60) L. 21. §. 2. D. *de B. P. c. tabb.* „Si emancipatus filius meus adoptaverit extraneum filium, is, qui adoptatus est filius, c. t. meas B. P. petere non poterit, qui nunquam nepotis loco apud me fuit.“ (Foerster §. 11.). Dies kann natürlich nicht auf den eigenen Sohn gehen, den sein emancipirter Vater adoptirt hat. L. 3. §. 7. L. 21. §. 1. *eod.*

61) L. 3. §. 3. L. 13. §. 1. D. *de B. P. c. tabb.* L. 3. D. *de conjungendis cum emancipato liberis* (XXXVII. 8.). — L. ult. §. 1. D. *de leg. praestandis.*

62) v. Löhr in d. Magazin f. die Philosophie d. Rechts u. d. Gesetzgebung Bd. II. S. 441 fgg. Nr. 2. 3.

63) L. 14. §. 1. D. *de B. P. c. tabb.* „Filius in adoptiva familia uxore ducta filium sustulit, eumque post mortem patris adoptivi emancipavit; hunc nepotem

sein Vater zur Zeit des deferirten Rechts ihm nicht im Wege stand[63a]. Daß dies keineswegs unbestritten unter den

contr. tabb. avi naturalis decreto posse petere B. Possessionem respondit. (Von selbst versteht es sich, daß die Emancipation noch beim Leben des natürlichen Großvaters erfolgt seyn muß, weil sonst der Enkel eben sowohl als sein Vater zur Zeit der Delation des Erbrechts in der fremden Familie seyn, folglich von dieser Erbschaft ausgeschlossen werden würde. L. 6. §. 4. in f. *eod.* — Cujacii Tr. IV. ad Africanum opp. prior. T. I. p. 1360.). „Item si filius emancipatus oblato filio et emancipato arrogandum se dederit et mortuo adoptivo patre decesserit, — — contra avi tabulas ex decreto hunc admitti, minime dubitari debere.“ — Viele Juristen (z. B. v. Löhr a. a. O. S. 442. Note 1., Foerster l. l. §. 17. p. 168. und Francke Notherbenrecht S. 127 fg.) nehmen an, daß derselbe Fall, welchen African in dem ersten Satze vorträgt („Filius — — — — respondit“) auch in der L. 6. §. 4. *eod.* (von Paulus), und zwar in folgenden Worten enthalten sey: „Plane si is, qui apud adoptivum avum procreatus est, emancipatus sit, veniet ad B. P. avi naturalis.“ Dies wäre nun allerdings möglich, ohne daß man, wie besonders von Förster (hier und an andern Stellen, z. B. p. 197) geschieht, ein großes Gewicht darauf legen darf, daß Paulus ein Dekret erfodert (s. oben S. 56 fg.). Indessen die Stelle von Paulus ist so allgemein gehalten, daß man sie füglich auf den Fall beziehen darf, wenn der Vater des Enkels nicht mehr am Leben, dieser also unter allen Umständen der nächste zur großväterlichen Verlassenschaft ist.

63a) Francke Notherbenrecht S. 128 fg. stellt den Satz hierauf: Das Recht der Enkel, deren Vater in einer Adoptiv-Familie stehe, gegen den leiblichen Vater eine B. P.

römischen Juristen war, sieht man aus der Fassung der Stellen sehr deutlich. Besonders streitig aber war die Frage, ob ein solcher Enkel auch gegen das Testament seines natürlichen Vaters, wenn dieser durch den Tod des Adoptiv-Vaters sui juris geworden war, die B. P. erhalten konnte? Hielt man sich dabei nur an den Grundsatz: Der Emancipirte beerbt seinen natürlichen Vater in Folge der Fiction, daß die capitis deminutio nicht Statt gefunden habe, so mußte man die Frage nothwendig bejahen; denn ohne die erfolgte Emancipation würde der Sohn ja durch den Tod des Adoptirenden unter seines natürlichen Vaters Gewalt gefallen, mithin dessen suus heres gewesen seyn. Aber nach eben dieser Fiction mußte auch der Enkel in Beziehung auf das großväterliche Vermögen wieder so behandelt werden, als wäre er in einer fremden Familie, folglich von dieser Verlassenschaft eben so wie sein Vater, dem er doch vorging, ausgeschlossen bleiben. Wollte man also dies Princip seiner vollen Strenge nach geltend machen, so konnte der Enkel nicht Erbe seines natürlichen Großvaters werden, hinwiederum, gestand man ihm dies Recht zu, so ließ sich allenfalls sagen: er könne seinen Vater nicht beerben, da sie Beide nach jener Fiction zwei ganz verschiedenen Familien angehörten (— der Enkel der Familie

nachzusuchen; sey jedenfalls aufgehoben, seitdem durch die Novelle 118 der Vater als nächster Intestaterbe des Großvaters die von ihm abstammenden Enkel ausschließe. Daß indessen die Prämisse unrichtig sey, m. a. W., daß der Rechtssatz: adoptio tam diu nocet, quam diu quis in aliena familia est, auch noch neben den Neuerungen der Novelle 118 bestehe, habe ich im XXXV. Bde. des Commentars S. 173 — 179 ausführlich zu zeigen versucht.

des Großvaters, der Sohn der seines Adoptiv-Vaters). Ja man könnte die Consequenz allenfalls so weit treiben, daß man sagte: den Vater kann der Sohn nicht beerben, da beide verschiedenen Familien angehören, den Großvater nicht, weil er nicht besser daran seyn kann wie sein Vater, von welchem er im Grunde doch nur sein Erbrecht gegen den Großvater ableitet [64]). Bei diesem Streite der Principien war also schon nach allgemeinen Rechts- und Interpretationsgrundsätzen [65]) die billigere Meinung, welche ohnehin auch als die consequentere anzusehen ist, vorzuziehen, so daß der Enkel beide beerbte, — seinen Vater, als dessen emancipirtes Kind, seinen Großvater, weil ihm kein näher Berechtigter vorging, da der Vater sich ja in einer fremden Familie befand. Diese Meinung ist denn auch in der Compilation gebilligt. African trägt sie als eine fast zweifellose vor, erfodert indessen ein Dekret. L. 14. in f. §. 1. D. *de B. P. c. tabb.*: „si filius emancipatus sublato filio et emancipato arrogandum se dederit, et mortuo adoptivo patre decesserit, et contra patris et contra avi tabulas ex decreto hunc admitti, minime dubitari debere, *ne alioquin ab omnium* [66]) *bonis excludatur*" [67]). Ulpian referirt die entgegenstehende Meinung Julians, neigt sich übrigens zu der Meinung des Marcellus,

64) Hierauf deutet ohne Zweifel African durch die Schlußworte der L. 14. §. 1. in f. („ne alioquin ab omnium bonis excludatur") hin. S. auch Cujacius l. l. p. 1360.

65) L. 25. D. *de Legg.*

66) Haloander liest *omnibus*. Die bessere Florentinische Lesart (omnium) hat auch Codex Lips. Senat.

67) S. was zur Erklärung dieser Worte im Text zur Note 64 gesagt ist.

welcher sich für das Erbrecht des Enkels an dem Vermögen seines Vaters erklärte. L. 17. D. *de B. P. c. tabb.* „Si pater se dederit in adoptionem, nec sequatur eum filius emancipatus ab eo antea factus: quia in alia familia sit pater, in alia filius, B. P. c. tabb. non potest filius ejus habere; et ita Julianus scripsit. Marcellus autem ait: iniquum sibi videri, excludi eos a B. Possessione, cum pater se dederit in adoptionem; ubi enim filius non datur in adoptionem, et pater se dat, nullum patrem filio adsignat[68]. *Quae sententia non est sine ratione*"[69]. Bestimmter noch billigt er diese Meinung in einer andern Stelle[70].

68) Diese Worte darf man nicht etwa so interpretiren, daß Marcell dem Sohne für den Fall das Erbrecht abspricht, wenn dieser seinem Vater nicht in die fremde Familie folgte. Im Gegentheil wäre alsdann gar kein Grund vorhanden, das Recht des Sohnes zu bezweifeln, wie denn auch Julian seine abweichende Meinung ausdrücklich davon abhängig macht: „si pater se dederit in adoptionem, *nec sequatur eum filius.*" Marcell will nur sagen: dieser Fall ist verschieden von dem, wenn der Vater seinen Sohn in Adoption giebt, also ihn in eine fremde Familie bringt; dies aber geschieht hier nicht: „nullum patrem filio adsignat." So erklärt auch der Scholiast der Basiliken T. V. p. 316. schol. z.

69) Die Basiliken (Lib. XL. Tit. III. Fragm. XVI. T. V. p. 309.) bringen blos die in der Compilation gebilligte Meinung des Marcellus vor. S. *Jo.* Leunclavius Notatorum Lib. II. Nr. 79. in Ottonis Thesauro jur. civ. T. III. p. 1521.

70) L. 3. §. 9. D. *de B. P. c. tabb.* — Vgl. überhaupt über die oben angeführten Stellen Cujacius Tr. IV. ad Africanum in Legem 14. §. 1. D. *de B. P. c. tabb.* (opp.

II) Die zweite Klasse der blos-prätorischen Notherben läßt sich nur negativ bezeichnen: es sind diejenigen, welche, wenn sie gleich keine Suitätsrechte haben, doch auch ohne die Fiction einer nicht Statt gefundenen oder wieder aufgehobenen cap. dem. zur Erbschaft gerufen werden. Dahin gehören

1) die Kinder eines ehemaligen Peregrinus, welche zugleich mit ihrem Vater die Civität erhalten haben, ohne jedoch der väterlichen Gewalt unterworfen zu werden: „Suis Praetor solet (sagt Ulpian) emancipatos liberos, *itemque civitate donatos* conjungere, data B. Possessione [71].

Sodann

2) die von einer väterlichen Gewalt ohne c. d. Befreiten. — Ulpian sagt (in der L. 1. §. 6. D. *de B. P. c. tabb.*): „sive emancipati sunt, *sive alias exierunt de patris potestate*, admittuntur ad B. Possessionem.“ Man könnte diese Worte nun allenfalls von den in Adoption gegebenen, von dem Adoptivvater nachmals aber wieder emancipirten Kindern verstehen. Allein es ist nicht wahrscheinlich, daß Ulpian an diese

prior. T. I. p. 1359. u. 1360.), und in Commentar. ad L. 3. §. 9. *de B. P. c. tabb.* (opp. posterior. T. IV. p. 33 squ.). *Barth.* Chesius Interpretatt. jur. Lib. I. Cap. IX. (in Heineccii Jurisprud. Rom. et Attica T. II. p. 62 sqqu.). Foerster l. l. §. 30. Francke Notherbenrecht S. 126 fgg.

71) Ulpianus Lib. singulari de legitimis hereditatibus in der Collatio Mosaicar. et Roman. Legum Tit. XVI. Cap. VII. §. 2. (nach d. Ausg. v. *Frid.* Blume Bonn. 1833.). — Vgl. Gaji Inst. Lib. I. §. 94., Lib. III. §. 20. — Foerster §. 22. p. 179 squ.

hier gedacht habe, da sie ja eben durch ihr Heraustreten aus der natürlichen Familie alles Kindeserbrecht verlieren, auch bei den allgemeinen Bestimmungen über die zur B. P. gerufenen Subjekte nie erwähnt werden [72]. Eben so unwahrscheinlich ist es, daß dadurch auf diejenigen Fälle hingedeutet sey, wo auch die in der Adoptivfamilie befindlichen Descendenten ausnahmsweise zur c. t. B. P. zugelassen werden; denn alsdann würde Ulpian sich unmöglich so allgemein ausgedrückt haben. Der Jurist meinte daher ohne Zweifel die Descendenten, welche sui juris werden, ohne daß dies durch eine capitis deminutio vermittelt wird. Eine solche Befreiung von der väterlichen Gewalt trat nun zur Zeit der Klassiker für die Vestalischen Jungfrauen und für die Flamines Diales ein [73]; sonst aber befreiete bis auf Justinian Rang und Würde nicht von der väterlichen Gewalt [74]. Erst durch dieses Kaisers Verordnungen wurde bestimmt, daß gewisse Würden eine Befreiung von der Familienabhängigkeit ipso jure bewirken sollten [75], jedoch

72) S. z. B. Ulpiani Fragm. Tit. XXVIII. §. 3. L. 4. D. *si tabb. testamenti nullae exstabunt.*

73) Gaji Inst. Lib. I. §. 130. — Ulp. Fragm. Tit. X. §. 5. Vgl. Gellius in d. Noct. Att. Lib. I. Cap. XII. (wo in Beziehung auf die Vestalische Jungfrau ein ähnlicher Ausdruck gebraucht wird, wie in der hier zu erklärenden Stelle: „Virgo Vestalis. — — sine emancipatione ac sine capitis minutione e patris potestate exit").

74) §. 4. Inst. *quib. modis jus potestatis solvitur.* — Vgl. auch L. 9. D. *de his qui sui vel alieni juris* (I. 6.).

75) L. ult. Cod. *de Consulibus* (XII. 3.). Nov. 81. — Vgl. Bd. II. d. Commentars §. 156. S. 394.

mit der Modifikation, daß die legitima jura (also auch das jus sui heredis) den auf diese Weise Befreieten verblieben[76]). Auch wurde durch Constitutionen Justinian's und einiger früherer christlicher Kaiser die väterliche Gewalt zur Strafe des Vaters aufgehoben[77]), wobei denn ebenfalls die Familienrechte dem Befreieten erhalten wurden[78]). — Wenden wir uns nun wieder zur obigen Stelle Ulpian's, so würde es nicht dem geringsten Bedenken unterliegen, die Worte sive alias exierunt de patris potestate auf die Virgines Vestales und Flamines Diales zu beziehen, wenn nicht Gellius aus einer Schrift von Labeo über die 12 Tafeln Folgendes referirte: „Virgo Vestalis neque heres est cuiquam intestato, neque intestatae quisquam, sed bona ejus in publicum redigi ajunt: id quo jure fiat? quaeritur“[79]). Darum hält denn Förster[80]) die obigen Worte für einen Zusatz Tribonians, veranlaßt durch die neueren Rechtsbestimmungen über Befreiung von der väterlichen Gewalt durch eine erlangte Würde; denn die Erhaltung der Familienrechte für die also Befreieten habe ihren Grund in einer erst nach Vollendung der Compilation erlassenen Verordnung (der Novelle 81. Cap. 2.). Dies ist wahr; allein immer wird dadurch die Annahme einer Interpolation noch nicht gerechtfertigt, indem erstlich der Schluß von dem Rechte von der

76) Nov. 81. Cap. II.

77) L. 2. Cod. *de infantum expositione* (VIII. 22.) L. 6. C. *de spectaculis* (XI. 40.) Nov. XII. Cap. II. Vgl. Bd. II. d. Commentars S. 397. Nr. 6.

78) Nov. XII. Cap. II.

79) Noct. Att. Lib. I. Cap. XII.

80) l. l. §. 23. p. 183 squ.

Virgo Vestalis auf das eines Flamen Dialis höchst willkührlich ist, und zweitens die Ausschließung der Vestalischen Jungfrauen von der legitimen Intestaterbfolge ja noch nicht beweis't, daß sie auch von der prätorischen ausgeschlossen gewesen seyen [81]). Und schwerlich ist zu begreifen, was es hier beweisen soll, wenn Labeo schrieb: bona ejus (virginis) in publicum redigi ajunt. Denn Vermögen konnten die Vestalischen Jungfrauen haben, weil sie ja sonst nicht hätten testiren dürfen, wozu sie aber entschieden befugt waren [82]); jene Bestimmung ging also, (wie auch der Zusammenhang deutlich ergiebt) nur auf den Nachlaß einer ohne Testament verstorbenen Vestalischen Jungfrau. Der Zusatz aber: id quo jure fiat? quaeritur, man mag ihn nun auf die Aeusserung über die Beschränkungen des Intestaterbfolgerechts, oder auf das bona in publicum redigi beziehen, unterstützt in jedem Falle die Ansicht, daß Ulpian's Satz auch auf die Vestalischen Jungfrauen sich bezogen habe, indem man daraus sieht, daß die Bedeutung wie der Umfang des von Labeo referirten Rechts noch zweifelhaft war [83]).

Daß der Prätor auch die Postumen berücksichtigte,

81) S. Francke Notherbenrecht S. 123 fg. Note 7.

82) Gellius a. a. O. Vgl. auch Cicero de republ. Lib. III. Cap. X. (nach der Ausg. v. *Majus*). S. auch Hasse in d. Rhein. Museum f. Jurispr. Bd. III. S. 213.

83) Auf einen solchen Zweifel deutet auch der Ausdruck: in publicum redigi *ajunt* hin. Vgl. überhaupt *S.* Gratama over de Regten van de Vestaelsche Maagden, en de plaats van *Cajus* Comment. I. §. 145.; in den Bijdragen tot Regtsgeleerdteid en Wetgeving, door *C. A. den* Tex en *J. van* Hall Bd. III. Nr. 2. p. 299 sqq. (nr. 5.).

versteht sich von selbst[84]. Bemerkenswerth ist übrigens, daß im Sinne des prätorischen Rechts es für den Begriff eines Postumus nur auf die Todeszeit des Erblassers ankommt, d. h., als Postumen nur diejenigen berücksichtigt werden, welche erst nach dem Tode des Testirers entweder geboren sind, oder selbst Kindeserbrechte in Beziehung auf denselben erhalten haben[85]. Denn das prätorische Recht gesteht nur den Descendenten Notherbenrechte zu, welche beim Tode des Erblassers wirklich existiren, oder nachher erscheinen; ob sie früher schon vorhanden waren, ist an sich gleichgiltig, da der Prätor ein Testament aufrecht erhält, wenn die in demselben präterirten Descendenten vor dem Erblasser wieder weggefallen sind[86]; mithin ist nach prätorischem Rechte überall kein Bedürfniß vorhanden, von einer beim Leben des Testirers sich ereignenden agnatio postumorum zu sprechen[87].

B) Die Grundbedingung aller c. t. B. P. ist: daß Notherben in dem Testament präterirt seyen. Für die Frage nun: Wann ist nach prätorischem Rechte ein Notherbe für präterirt zu achten? gelten im Ganzen die nämlichen Grundsätze, wie für die civilrechtliche Nullität der

84) L. 1. §. 1. u. 2. D. *de B. P. c. tabb.* — *de* Retes Adversar. ad Tit. *de B. P. c. tabb.* Cap. III. §. 3. Vgl. Sartorius Diss. cit. p. 31 squ.

85) Wie in dem Falle, wovon L. 1. §. 3. D. *de B. P. c. tabb.* spricht. S. auch Bd. XXXVI. d. Comment. S. 160 fgg. (Nr. c.).

86) L. 12. pr. D. *de injusto, rupto, irrito facto testamento* (XXVIII. 3.)

87) Vgl. Foerster l. l. p. 148. not. 13., und Bluntschli a. a. O. S. 72. 73.

Testamente[88]), weshalb denn auch bei der Darstellung von der Präterition, der Einsetzung und Enterbung der Civilerben[89]) sehr häufig solche Stellen berücksichtigt werden mußten, die ihrem unmittelbaren Inhalte nach auf die q. t. B. P. gehen. Doch finden sich hier auch Verschiedenheiten. Eine der wichtigsten war, daß nach Civilrecht nur wegen Präterition des Sohnes ein Testament nichtig ist, Enkel und Töchter dagegen präterirt werden konnten und alsdann den eingesetzten Erben accrescirten, — auf einen Kindestheil, wenn sui; auf die Hälfte des Ganzen, wenn extranei eingesetzt waren[90]). Der Prätor dagegen ließ auch präterirte Enkel und Töchter zur q. t. B. P. zu, und nur in Ansehung der Art und Weise, wie die Enterbung auszusprechen sey, findet sich im prätorischen Recht ein Unterschied zwischen weiblichen Descendenten und allen Descendenten männlichen Geschlechts (also nicht blos Söhnen); diese mußten namentlich enterbt werden, bei jenen genügte, wie im Civilrecht, eine exheredatio inter ceteros.

Ulpiani Fragmenta Tit. XX. §. 23. „Mancipatos[91]) liberos, quos jure civili neque heredes instituere neque exheredare necesse sit, tamen *Praetor*

88) S. Foerster l. l. §. 59. Bluntschli q. a. D. §. 10. S. 74.

89) Vgl. Bd. XXXVI. d. Commentars S. 300 — 454.

90) S. Bd. XXXVI. d. Comment. S. 338 fgg. — Bei Postumen kam dieser Unterschied aber auch nach dem Civilrecht nicht in Betracht; ebendas. S. 344. Nr. 1.

91) d. h. Emancipirte, s. Cujacii Nota ad h. l. Doch vergleiche darzu auch die Note (60) bei Schulting in der Jurisprud. vetus Antejust. p. 641: „Dubito, annon Ulpianus, qui proprio loqui solat, scripserit *emancipatos*.“

jubet, si non instituantur heredes, exheredari, masculos omnes nominatim, feminas vel inter ceteros; *alioquin contra tabulas bonorum possessionem eis pollicetur*" [91a]).

Das civilrechtliche Accrescenzrecht, wodurch die beabsichtigte Gleichheit in manchen Fällen ohnehin nicht erreicht werden konnte [92]), war also dem prätorischen Rechte nicht bekannt [93]). Freilich aber wurde die einfache Consequenz des prätorischen Erbsystems durch das Rescript des K. Antonin gestört, welches bestimmte, daß Descendentinnen mehr nicht durch die c. t. B. P. erhalten könnten, als ihnen das jus accrescendi gewähre [94]).

Was nun

I) die Einsetzung der Notherben anbetrifft, so fodert auch der Prätor a) daß sie direct, d. i. nicht blos

91a) S. auch *Gaji* inst. Lib. II. §. 129. §. 135. — §. 3. J. *de exhered. liberor.* L. 4. pr. C. *de liber. praet.*

92) S. Bd. XXXVI. d. Comm. S. 240 fg.

93) Gaji Inst. Lib. II. §. 124. u. 125. —— „licet praeteritae istae personae scriptis heredibus dimidiam partem tantum detrahant, tamen Praetor eis contra tabb. B. Possessionem promittit: qua ratione extranei heredes a tota hereditate repelluntur." — L. 4. pr. Cod. *de liberis praeteritis* —— „filia praeterita jus accrescendi ex jure vetere accipiebat —— —— ex Praetore autem habebat contra tabulas B. Possessionem in totum."

94) Gaji Inst. Lib. II. §. 126. L. 4. pr. Cod. *de liberis praeteritis* —— „constitutio autem M. Antonini eam in tantum coarctabat, in quantum jus accrescendi competebat." — Foerster l. l. P. I. §. 31. p. 90. P. II. p. 290. u. p. 371. not. 3.

durch fideicommissarische Zuwendung geschehe [95]), b) daß

95) L. 27. §. 12. D. *ad SCtum Trebell.* (XXXVI. 1.) Bd. XXXVI. d. Commentars S. 530 u. 531. Foerster l. l. §. 61. p. 277. Dagegen aber scheint auf den ersten Anblick zu streiten die L. 16. D. *de B. P. c. tabb.* „Si emancipatus filius nepoti in potestate avi relicto ab extraneo herede fideicommissariam, hereditatem, si liberatus avi potestate fuisset reliquisset, si suspectus avus sit, quasi consumturus bona nepotis, non esse ei dandam B. Possessionem." Gewöhnlich versteht man die Stelle nach der Analogie der exheredatio bona mente facta so, daß die B. P. hier nicht gegeben werde, weil der Vater ja gerade durch die Art seiner Anordnung für den Sohn besser gesorgt habe, als wenn er ihn eingesetzt hätte, oder es zur Intestaterbfolge kommen ließ, — indem er das Vermögen nur dem verschwenderischen Großvater entzog und es indirect dem Sohne zuzuwenden suchte. (S. *Glossa* ad *h. l.*, Cujacius in Commentar. ad *h. l.* opp. posterior. T. IV. p. 59. Pothier Pandectae Justin. ad *h. Tit.* T. II. p. 564. Nr. XX. Schulting in Notis ad Dig. ed. Smallenburg T. VI. p. 19.). Diese Erklärung ist auch ganz unbedenklich, sofern es seine Richtigkeit hat, daß zu einer Ausschließung in guter Absicht es keiner förmlichen Enterbung bedürfe, — also auch eine praeteritio bona mente giltig sey (was an seinem Orte näher zu erörtern ist). Uebrigens schließt die Stelle nur die c. t. B. P. des Großvaters aus (Schol. Basilic. ed. *h. l.* T. V. p. 316. schol. s.). Nach der L. 6. D. *si tabb. testamenti nullae exstabant* hat aber eigentlich der Enkel das Recht der B. P.; man könnte also vielleicht annehmen, daß hier die Agnition der B. P. für den Enkel durch ein decretum magistratus vermittelt sey, — wie ja Aehnliches auch sonst vorkommt. L. 50. D. *ad SCtum Trebell.* Vgl. jedoch unten S. 422.

sie auf die Person des Notherben selbst gestellt sey, nicht auf den, durch welchen derselbe erwirbt[96]). In Ansehung der bedingten Erbeinsetzungen aber weicht der Prätor von den Grundsätzen des Civilrechts ab. Die Einsetzung des suus heres darf bekanntlich nur unter einer reinen Potestativbedingung geschehen[97]). Die c. t. B. P. aber ist dadurch noch keineswegs begründet, daß der Notherbe unter einer rein zufälligen oder vermischten Bedingung eingesetzt ist. Da nämlich der eingesetzte Erbe aus einem solchen Testamente eine sec. t. B. P. erhalten **kann**, so **muß** er sie auch annehmen, wenn er Erbe werden will, — wenigstens so lange die Bedingung noch schwebt. Tritt nun die Bedingung ein, so behält das Testament seine vollkommene Kraft und Wirkung; tritt sie nicht ein, so verwandelt sich alsdann die erhaltene B. P. der **Wirkung nach** in eine contra tabulas B. P., d. h. der bedingt eingesetzte Notherbe wird nunmehr so behandelt, als wenn er die c. t. B. P. nachgesucht und erhalten hätte. L. 3. §. 13. D. *de B. P. c. tabb.* „Si sub ea conditione filius emancipatus heres sit institutus, quae in ipsius potestate non est, *quia scriptus heres est, B. P. sec. tabb. accipere potest, et debet, nec contra tabulas potest;* et si forte defecerit conditio, tuendus erit a Praetore in tantum, quan-

96) L. 3. §. 15. D. *de B. P. c. tabb.* „Si quis ex liberis non sit scriptus heres, sed servus ejus scriptus sit, *eumque jusserit adire hereditatem* (also wenn er diese Art der Einsetzung anerkennt), denegari ei debet B. P. contra tabulas.“ — Bd. XXXVI. d. Comment. S. 353 fg. Foerster l. l. p. 278.

97) Bd. XXXVI. d. Commentars S. 354 — 384.

tum ferret[98]), si contra tabulas B. Possessionem accepisset"[99]). Daß er beim Wegfallen der Bedingung die c. t. B. P. noch hätte annehmen können, dafür scheint allerdings die unmittelbar vorhergehende Stelle (L. 3. §. 12. *eod.*) zu sprechen: „Sed si sub conditione scriptus sit, B. P. contra tabb. accipere non potest; et ita Julianus quoque Libro vicesimo tertio Digestorum scripsit. Quid ergo, si defecerit conditio? *verum est, eum contra tabb. accipere B. Possessionem.*" Indessen muß dies wohl auf einen Fall bezogen werden, wo die Bedingung bereits weggefallen war, entweder noch vor dem Tode des Erblassers, oder wenigstens noch ehe der Eingesetzte die sec. tabb. B. P. anerkannt hatte[100]); denn daß man beide Arten der B. P. nicht nach einander agnosciren könne, wird in andern Stellen sehr deutlich gesagt[1]). Hiermit stimmt denn auch die L. 5. pr. D. *de B. P. sec. tabb.* vollkommen überein[2]), und es ist weder die von Förster

98) Haloander hat *fieret*. Die bessere Florentinische Lesart (*ferret* d. i. auf soviel als er erhalten würde) findet sich im Cod. Lips. Senator.

99) S. auch L. 2. §. 1. D. *de B. P. sec. tabb.* — — „Et quamvis defecerit conditio, Praetor tamen filium, qui admisit secundum tabulas, tueri debebit, ac si contra tabulas acceperit."

100) So erklärt auch die *Glossa* ad *h. l.*

1) S. L. 3. §. 13. D. *de B. P. c. tabb.* L. 18. pr. *eod.* — — „sub conditione heres institutus a contra tabulas bonorum possessione excludatur."

2) „Si sub conditione heres quis institutus sit, et *accepta bonorum possessione* secundum tabulas conditio defecerit, interdum evenit, ut res possessori

vorgeschlagene Emendation nöthig[3]), noch mit Francke anzunehmen, daß etwas ausgefallen sey[4]). Der Schlußsatz: et si defecerit conditio, attamen sec. tabb. B. Possessionem eum accipere, Julianus scribit", ist ganz einfach so zu verstehen: auch wenn die Bedingung nicht eintritt, so hat es doch bei der einmal angenommenen B. P. sein Bewenden, d. h. ihrem Grunde nach ist die B. P. immer eine secundum tabulas[5]).

Zur formellen Giltigkeit des Testaments ist es also nicht erforderlich, daß darunter einer nicht potestativen Bedingung eingesetzte prätorische Notherben auf den ent-

concedenda sit (d. h., daß die B. P. wirksam — cum re — ist), utputa si filius emancipatus sit sub conditione heres institutus; nam etsi defecerit conditio, attamen secundum tabulas bonorum possessionem eum accipere Julianus scribit."

3) Foerster l. l. §. 64. p. 283 will nämlich das secundum tabulas (im Schlußsatze) in contra tabulas verwandeln.

4) Francke a. a. O. S. 130 fg. Note 7. meint, es müsse vor attamen folgender Satz eingeschaltet werden: quasi contra tabulas bonorum possessione petita tuendus erit a Praetore; auch findet er das attamen in der Mitte der Periode unleidlich. Allein jene angeblich ausgefallene Zeile würde ein wahrer Pleonasmus seyn, und das attamen in der Mitte der Periode kommt auch bei den besten Klassikern vor (z. B. bei *Cicero* de finibus bonorum Lib. III. Cap. XV.); hier dient es zur Verstärkung und Hervorhebung des folgenden Satzes.

5) Vgl. *Barth.* Chesius Interpretationum juris Lib. I. Cap. XI. (Jurisprud. Rom. et Attica T. II. p. 74 squ.) — *de* Retes Adversar. ad Tit. D. *de B. P. c. tabb.* Cap. X. §. 2.

gegengesetzten Fall enterbt werde; will aber der Testator seinen letzten Willen sicher stellen, so bleibt ihm nichts übrig, als den Notherben auf den Fall des Nichteintretens der Bedingung zu enterben[6]).

Wie nun aber, wenn die Bedingung eine unmögliche oder eine unerlaubte ist? Bei Fremden gilt sie alsdenn für gar nicht beigefügt, bei suis heredibus dagegen bewirkte sie Ungiltigkeit des Testaments[7]). Da nun letzteres lediglich darin seinen Grund hat, daß civilrechtliche Notherben nur unter einer Potestativbedingung eingesetzt werden dürfen, so muß hier für prätorische Notherben dasselbe Recht gelten, wie für Fremde; also der unter einer solchen Bedingung eingesetzte prätorische Notherbe ist ohne alle Bedingung Erbe[8]).

Wie sich hier nun das prätorische Erbsystem zu dem civilrechtlichen verhalte, ist in den Quellen nicht näher bestimmt. Soviel ist gewiß, daß auch der unter einer zufälligen Bedingung eingesetzte Suus die contra tabulas B. P. nicht nachsuchen darf, da der Grundsatz: sub conditione heres institutus a contra tabulas bonorum possessione excluditur ganz allgemein ausgesprochen ist[9]). Kann nun aber ein solcher Erbe nicht das Testament ganz fallen lassen und ab intestato succediren? Dies ist unbedenklich zu bejahen, da der unter einer zufälligen Bedingung eingesetzte Suus für präterirt zu hal-

6) L. 20. §. 4. D. *de bon. libertor.* (XXXVIII. 2.).

7) L. 14. L. 15. D. *de conditionib. instit.* (XXVIII. 7.). — Vgl. Bd. XXXVI. des Comment. S. 384. 385.

8) Foerster l. l. §. 64. p. 283 sq.

9) L. 18. pr. D. *de B. P. c. t.* Vgl. L. 3. §. 12. *eod.*

ten ist [10]), mithin das Edict: si quis omissa causa testamenti ab intestato possideat hereditatem hier überall nicht eingreifen kann [11]). Es hängt hier folglich von dem freien Willen des eingesetzten Suus ab, entweder die Intestatsuccession eintreten zu lassen, oder den Ausgang der Bedingung zu erwarten; tritt diese ein, so ist das Testament seinem ganzen Inhalte nach giltig und wirksam, im entgegengesetzten Falle kann nur entweder die c. t. B. P. nachgesucht werden, oder es treten die Wirkungen derselben für eine bereits erworbene sec. tab. B. P. ein [12]). Ist neben dem civilrechtlichen Notherben auch ein prätorischer unter einer zufälligen Bedingung eingesetzt, so kann jener nichts destoweniger von seinem Rechte ab intestato zu succediren Gebrauch machen; allein dadurch ist für diesen noch nicht die reine Intestaterbfolge eröffnet, wie es freilich die strenge Consequenz mit sich bringen würde [13]). Da nämlich die Einsetzung der prätorischen Notherben an und für sich nicht für eine ungiltige zu halten ist, so muß nun abgewartet werden, ob die Bedingung eintritt, oder nicht. Im letztern Fall wird

10) S. Bd. XXXVI. des Comment. S. 355.

11) Ganz deutlich wird auch die Anwendbarkeit des Edicts in folgender Stelle auf den Fall eingeschränkt, wenn die Einsetzung unter einer Potestativ-Bedingung geschehen ist: L. 1. §. 8. D. *si quis omissa causa test.* (XXIX. 4.) „Qui sub conditione institutus heres potuit parere conditioni, nec paruit, quum conditio talis sit, ut in arbitrio sit heredis instituti, deinde ab intestato possideat hereditatem, debebit edicto teneri, quia ejusmodi conditio pro pura debet haberi."

12) Foerster l. l. §. 66. p. 286 sqq.

13) Vgl. Bd. XXXVI. des Comment. S. 334.

für den Notherben die c. t. B. P. begründet (oder was der Sache nach einerlei ist, die bereits erworbene sec. tabb. B. P. in dieselbe verwandelt), und dies gewährt ihm ganz dasselbe Recht, wie die reine Intestaterbfolge [14]. Im ersteren Falle dagegen tritt das Recht ein, wie wenn neben einem präterirten Notherben ein anderer eingesetzt ist, d. h. der letztere muß die testamentarischen Anordnungen vollständig erfüllen, wenn er sich als Testamentserben gerirt, aber auch wenn er sich der Intestaterbfolge anschließt, oder die c. t. B. P. nachsucht (was er aus dem Recht des suus heres allerdings thun kann), die Vermächtnisse an die conjunctas personas entrichten [15].

Bemerkenswerth ist hier aber noch der Unterschied zwischen solchen Descendenten, welche — weil sie eingesetzt sind — zwar auch nur aus dem Rechte eines Andern (commisso per alium edicto) die B. P. nachsuchen dürfen, allein dies Recht auch als ein selbstständiges in Anspruch nehmen dürfen, wenn sie selber präterirt sind, — und den in Adoption gegebenen Descendenten, welche, so lange sie sich in der fremden Familie befinden, nur ihrer Einsetzung wegen die durch einen präterirten Notherben möglich gewordene B. P. in Anspruch nehmen können [16].

14) Arg. L. 20. pr. D. *de B. P. c. t.* — — — „redit res ad intestati exitum, *ut* adversus filium ex asse heredem ab intestato patre *emancipatum Praetor in parte dimidia tueatur*" (S. oben S. 9 fg. nr. 1., auch S. 28. und dazu die Noten 63. 64.).

15) S. oben S. 31. nr. 2. a. und S. 37 fg., auch S. 43. 44. nr. I. II. III. und die dazu gehörigen Noten. — Försters Erklärung dieses Rechtsverhältnisses ist durchaus unbefriedigend (l. l. §. 67.); andere Schriftsteller berühren es kaum.

16) S. oben S. 59. nr. 2. b.

Jene behalten dies Recht immer, auch wenn die Bedingung ihrer Einsetzung nicht eintritt, ja es verwandelt sich dadurch ihr Recht darauf gewissermaßen in ein selbstständiges (S. oben S. 77. und die dazu gehörigen Noten 99. 100.) Anders dagegen verhält es sich mit diesen. Da sie ihr Recht nur aus ihrer Einsetzung herleiten können, so muß auch aus derselben eine wirksame Erbschaftsantretung möglich seyn; dies aber ist nicht der Fall, wenn die Bedingung der Einsetzung wegfällt, — sie kann alsdann keine größere Wirkung haben, als wenn sie an sich schon und gleich Anfangs ungiltig wäre: „Si in adoptionem datus (sagt Paulus Lib. XLI. ad Edictum) sub conditione scriptus sit heres a naturali patre, alio committente contra tabulas edictum et ipse veniet. *Sed si defecerit conditio, repellitur ab ea possessione. Idem puto et in eo, qui pure quidem, sed non jure scriptus sit heres*“ [17]).

II) Die Enterbung der Notherben muß nach dem prätorischen Rechte nicht blos bei Söhnen, sondern auch bei Enkeln, Urenkeln u. s. w. namentlich und bestimmt geschehen, Töchter, Enkelinnen u. s. w. dürfen auch inter ceteros enterbt werden [18]). Für Enkel galt also die inter ceteros exheredatio einer Präterition gleich, aber nur nach prätorischem Rechte. Sie schlossen daher zwar den eingesetzten Erben durch contra tabulas B. P. aus, allein diese war auch für die Enkel, welche

17) L. 11. pr. D. *de B. P. c. t. J.* Cujacii comment. in h. l. ad *Pauli* Lib. XLI. edict. (opp. post. T. II. p. 640.). Foerster l. l. §. 70. p. 294 sq.

18) S. oben Note 91 a. S. 74. — Foerster l. l. §. 73. p. 299 sq.

civilrechtliche Notherben (sui heredes) waren, doch immer nur eine necessaria, d. h. sie mußten von derselben binnen der bestimmten Zeit Gebrauch machen, sonst blieben sie von der Erbschaft ausgeschlossen [19]. Wurden sie nicht einmal inter ceteros enterbt, so hatten sie ohne Zweifel die Wahl, entweder die c. t. B. P. nachzusuchen, oder von dem civilrechtlichen jus accrescendi Gebrauch zu machen, da dies Recht ja auch noch als ein practisch-giltiges bestand, als bereits das prätorische Enterbungssystem eingeführt war. Und dasselbe Recht muß denn auch für Töchter gegolten haben, welche civiles Notherbenrecht hatten, ausser daß sie durch die c. t. b. p. nie mehr erhielten, als das Accrescenzrecht ihnen gewähren konnte. (S. oben S. 74. Note 94.).

Der civilrechtliche Grundsatz, daß Enterbungen nicht von Zeit und Bedingungen abhängig gemacht werden dürfen [20], ist auch für das prätorische Notherbenrecht ausdrücklich anerkannt.

Hermogenianus Lib. III. juris Epitomarum. „*Sub conditione exheredatus contra tabulas bonorum possessionem petet*, licet sub conditione heres institutus a contra tab. b. p. excludatur; *certo enim judicio liberi a parentum successione removendi sunt.*"

Daß dies Recht auch für diejenigen galt, welche erst durch den Prätor förmliches Notherbenrecht erhalten hatten, unterliegt bei der Allgemeinheit des dafür angeführten Grundes nicht dem geringsten Zweifel [21]. Auch darf

19) Foerster l. l. §. 74.

20) S. Bd. XXXVI. d. Commentars S. 413—423. (nr. 2.).

21) Foerster l. l. p. 303.

nicht angenommen werden, daß dieser Satz hier mit weniger Consequenz und Strenge angewandt worden sey, wie im Civilrecht. Denn Enterbungen waren nicht begünstigt [22], man erklärte sich also im Zweifel allemal gegen die Giltigkeit derselben [23]. Indessen meint Francke: es folge aus der Natur der B. P. von selbst die Beschränkung, daß die Bedingung der Enterbung noch nicht beim Leben des Erblassers eingetreten seyn dürfe; denn alsdann wäre die Enterbung beim Tode des Erblassers eine unbedingte, der Prätor berücksichtige aber in seinem Erbsystem nur den Moment des Todes [24]. Allein so allgemein ist dies nirgends ausgesprochen, denn sonst würde ja auch aus einem Testament die sec. tabb. B. P. gegeben werden müssen, wenn der Testirer oder der Erbe zur Zeit der Errichtung die Testamentsfähigkeit nicht hatte, wovon aber entschieden das Gegentheil statt findet [25].

Ausserdem finden wir in unsern Quellen auch einen

22) L. 19. in f. D. *h. t.* — S. Band XXXVI. des Commentars S. 392.

23) S. die vor. Note. — Darum habe ich mich denn auch im vorigen Bande des Comment. (S. 416 fg.) gegen die gewöhnlich angenommene Beschränkung erklärt, wonach bedingte Enterbungen alsdann gelten sollen, wenn der Enterbte auf den entgegengesetzten Fall eingesetzt ist. Wäre diese Modification überhaupt gegründet, so würde sie freilich auch im prätorischen Notherben-System gelten müssen, weshalb die Schriftsteller sie hier gewöhnlich als sich von selbst verstehend anführen. S. z. B. Foerster l. l. p. 303. in f. sq. Francke Notherbenrecht S. 131 a. E.

24) Notherbenrecht S. 131. a. E. fg.

25) L. 1. §. 8. D. *de B. P. s. t.* (XXXVII. 11.). L. 19. in f. D. *de B. P. c. t.*

andern Satz des Civilrechts ausdrücklich auf das prätorische Enterbungssystem bezogen, den nämlich, daß die Ausschließung des Erben in Beziehung auf alle Miterben und von allen Graden geschehen müsse (exheredationem ab omni herede et ab omni gradu fieri debere)[26]. Was nun insonderheit die Enterbung von verschiedenen Graden anbetrifft, so versteht sich ganz von selbst, daß dieselben Modificationen, welche dafür im Civilrecht galten, auch hier anwendbar sind. Darum gilt denn auch nur der Grad nicht in Beziehung auf welchen der Notherbe sich präterirt findet. Sind also z. B. zwei Grade ernannt, der Notherbe aber ist nur von dem ersten enterbt, und zur Zeit der Delation des Erbrechts besteht der erste Grad noch, so wird der Notherbe von diesem ausgeschlossen, wenn jedoch der erste Grad wegfällt, so schließt der Notherbe den zweiten aus[27]. Ist umgekehrt die Enterbung nur vom zweiten Grad erfolgt und der erste zur Zeit des deferirten Erbrechts schon weggefallen, so wird der Notherbe von jenem ausgeschlossen[28]. — Wie aber, wenn der erste Grad

26) L. 8. §. 1. §. 3 — 5. D. *de B. P. c. t.* — Vgl. hiezu Band XXXVI. S. 427 — 454. (nr. 6. 7.).

27) L. 8. §. 1. D. *de B. P. c. t.* — — „exheredem scribi — sufficit — eo gradu, contra quem petitur bonorum possessio. Unde si a primo gradu exheredatus sit filius, a secundo praeteritus, et primo gradu scripti non petierint b. p., poterit c. t. accipere bon. possessionem.“

28) L. 8. §. 5. D. *de B. P. c. t.* „A primo gradu praeteritus est filius, a secundo exheredatus; si primo gradu scripti non sint in rebus humanis mortis tempore testatoris, dicendum est, contra tab. b. pos-

noch existirt und, falls der Notherbe nicht im Wege stände, für giltig eingesetzt zu halten? Hier zeigt sich zum Vortheile des Notherben ein Unterschied zwischen dem civilrechtlichen und prätorischen Erbsystem. Nach dem ersten wird dennoch der Notherbe ausgeschlossen, da hier der erste Grad als gar nicht vorhanden betrachtet wird, mithin die Succession gleich mit dem zweiten beginnt[29]. Im prätorischen Systeme dagegen ist die Ansicht vorherrschend: da der erste Erbe, wenn der Notherbe nicht vorhanden oder giltig enterbt wäre, eine B. P. aus dem Testamente erhalten würde, so darf auch seine Einsetzung nicht für null und nichtig gehalten werden. Es ist also zur Zeit des Anfalls der Erbschaft Jemand da, der durch die contra tab. B. P. verdrängt werden kann; mithin erhält der Notherbe die Erbschaft. Auch gilt dies Recht nicht blos in dem Falle, wenn der im ersten Grade eingesetzte Erbe als Gegner des Notherben erscheint, sondern auch, wenn er nach dem Tode des Testirers verstorben, oder die Bedingung seiner Einsetzung weggefallen ist, oder er freiwillig seinem Rechte entsagte[30]. Wird

sessionem praeteritum petere non posse: hereditas enim in secundo gradu versatur, non in primo, ex quo neque adiri hereditas, neque bonorum possessio (es ist hier eine wirksame B. P. gemeint) peti potest."

29) L. 3. §. 6. D. *h. t.* L. 43. §. 2. D. *de V. et P. S.* (XXVIII. 6.) — Vgl. L. 14. §. 1. D. *h. t.* — Bd. XXXVI. des Comment. S. 436 fg.

30) L. 8. §. 5. in f. D. *de B. P. c. t.* — „Sed si post mortem testatoris decesserint heredes scripti, idem Marcellus putat, contra t. b. possessionem semel natam competere. Sed et si defecerit conditio in-

der Notherbe selber im ersten Grade eingesetzt, so bedarf es natürlich keiner Ausschließung von den folgenden Graden [31]. — Zu bemerken ist hierbei übrigens noch, daß den conjunctis personis nur diejenigen Vermächtnisse zu entrichten sind, womit der Grad belastet ist, welcher rescindirt wird, wovon jedoch eine Ausnahme für den Fall vorkommt, wenn der Notherbe von beiden Graden präterirt ist, und der erste nach dem Tode des Erblassers wegfällt; alsdann wird zwar der Substitut durch die B. P. verdrängt, dennoch aber sind die dem ersten Erben für die exceptae personae auferlegten Vermächtnisse zu zahlen [32].

Daß auch die übrigen civilrechtlichen Bestimmungen über die Art und Weise, wie die Enterbung auszudrücken ist [33], auf das prätorische Notherbenrecht eine Anwendung leiden, läßt sich schon wegen der Allgemeinheit, wo-

stitutionis, adhuc tantundem dicit, praeteritum ab eo gradu filium contra t. b. possessionem petiturum." — Da dies Recht dem prätorischen Systeme eigenthümlich ist, so ist natürlich die hierauf beruhende c. t. B. P. auch für den civilrechtlichen Erben eine necessaria. — Vgl. überhaupt *Jac. de la* Lande exercitatio ad Tit. Cod. de liberis praeteritis ad Leg. I. (in Meermani thes. jur. civil. et can. T. IV. p. 392.). Foerster l. l. §. 75. p. 317 sq.

31) L. 14. §. 1. D. *h. t.* — Bd. XXXVI. S. 434 fg. — Vgl. auch noch Foerster p. 309. not. 43.

32) L. 11. L. 12. L. 13. D. *de legat. praest. de* Retes adversar. ad Tit. de legat. praest. c. XV. Foerster l. l. §. 79 u. §. 85.

33) Z. B. die Enterbung muß in einem feierlichen Testamente geschehen, nicht post aditam hereditatem u. s. w. S. hierüber Bd. XXXVI. S. 393 fgg.

mit sie in den Quellen ausgesprochen sind, nicht bezweifeln. Auch darf man nie außer Acht lassen, daß für das Recht der Enterbungen, eben weil sie nicht begünstigt waren, überhaupt weit strengere Grundsätze sich erhielten, als für den sonstigen Inhalt eines Testaments. Wenn daher Francke die Enterbung eines Emancipirten post aditam hereditatem für zulässig hält, weil nach prätorischem Rechte die Präterition das Testament an sich noch nicht ungiltig mache[33]), so kann ich ihm auch hierin nicht beistimmen. Daß der Prätor das formelle Enterbungsrecht nicht einschränken wollte, beweis't schon seine Bestimmung über das nominatim exheredare der Enkel, und das Prinzip: der Testirer soll seine Absicht, den Notherben ausschließen zu wollen, bestimmt und unzweideutig aussprechen, worauf auch jener Satz beruht[34]), ist so verständig und zugleich so billig für die Notherben, daß man wohl am wenigsten vom Prätor seine Aufhebung erwarten darf.

Es mag hier zum Schlusse der Lehre vom prätorischen Notherbenrechte noch kürzlich bemerkt werden, daß die c. t. B. P. hauptsächlich aus folgenden Gründen ausgeschlossen wird; a) wenn der Notherbe sie nicht binnen einem utilis annus nachsucht[35]), b) wenn man das Testament auch nur stillschweigend billigt — namentlich durch Erbschaftsantretung, oder durch Annahme eines Vermächtnisses[36]), c) wenn der Notherbe sich enterbt

33) Notherbenrecht S. 132.

34) S. Bd. XXXVI. des Comment. S. 426.

35) S. oben S. 1. not. 4.

36) L. 10. §. 3 in f. L. 14. pr. D. *de b. p. c. t.* L. 5. §. 2. D. *de legat. praest.* de Retes l. 1. c. VI. Sartorius

findet[37]. In einem Falle kann indessen auch der Enterbte die c. t. B. P. erhalten, wenn er nämlich im ersten Grade enterbt, im zweiten aber eingesetzt und neben ihm ein anderer Notherbe präterirt ist. Fällt in diesem Falle der erste Grad weg, so kann er nunmehr, wie jeder andere eingesetzte Notherbe, commisso per alium edicto, die B. P. nachsuchen[38].

Diss. cit. p. 63 sqq. Ein Verzicht liegt sogar schon darin, wenn der Notherbe von dem eingesetzten Erben als Schuldner in Anspruch genommen wird und aus der Sache selbst, nicht aus seinem Rechte als Notherbe gegen die Klage excipirt. L. 15. D. *de P. B. c. t.* — Gewöhnlich versteht man unter der hier erwähnten doli exceptio die Einrede, daß dem Notherben ein Vermächtniß hinterlassen sey. So der Scholiast der Basiliken (T. V. p. 316. Schol. q.) die Glosse, Cujacius ad h. l. (opp. post. T. IV. p. 58 sqq.) u. A. Doch liegt wenigstens in der Stelle selbst hiezu keine Veranlassung.

37) S. oben S. 8. und die dazu gehörigen Noten 16 fgg. Ferner S. 20. nr. 3.

38) L. 8. §. 4. D. *de c. t. b. p.* „Si exheredatus sit filius, et institutus, *obtinente eo gradu, in quo institutus est*, puto, commisso edicto ab alio filio, contra tabulas eum bonorum possessionem petere posse." — Azo versteht die Stelle von einem im ersten Grade eingesetzten, im zweiten enterbten Sohne. Allein ein solcher Fall ist juristisch kaum gedenkbar. S. Cujacius in comment. ad h. l. (opp. post. T. IV. p. 45.). — Vgl. noch Foerster l. l. §. 75. p. 318.

§. 1422.

Aenderungen des Notherbenrechts unter Justinian I) bis auf die Novelle 115.

Der Zustand des auf Verwandtschaft beruhenden Notherbenrechtes [39]) unter den juristischen Klassikern war folgender:

1) förmliches Notherbenrecht, d. h. ein Recht, gehörige Berücksichtigung im Testamente durch Erbeinsetzung oder Enterbung fordern zu dürfen [39a]) haben nur (eheliche und diesen gleich stehende) Descendenten gegen den Vater oder väterliche Ascendenten; denn das Grundprinzip dieses Rechts war väterliche Gewalt und die hierauf beruhende Suität. Der Mangel einer gehörigen Berücksichtigung des Notherben begründet Präterition. Es ist aber, in Ansehung der Bedingungen, wie der Wirkungen der Präterition ein doppeltes Recht zu unterscheiden:

a) nach dem Civilrecht haben nur sui heredes ein förmliches Notherbenrecht, ja vollständig haben es nur Söhne. Ihre Präterition bewirkt Nullität des Testaments, es tritt die reine Intestaterbfolge ein (s. g. testamentum nullum juris civilis s. antiqui) [40]); die

39) Von dem Notherbenrecht des Patrons, wie von dem diesem nachgebildeten des emancipirenden Vaters kann hier, wie in den früheren Darstellungen nur beiläufig gehandelt werden. Vgl. darüber Bd. XXXV. §. 1421. a. S. 219—221. (nr. 2.), §. 1421. b. S. 266 fg.; §. 1421. d. S. 334 fg.

39a) S. Bd. XXXV. des Comment. S. 83. Bd. XXXVI. S. 300.

40) S. Bd. XXXVI. S. 309. u. 310., auch die daselbst Note 80 citirten Schriften.

Präterition anderer sui heredes hat nur ein Accrescenz-recht zur Folge, und auch dieses kann durch eine allgemein gestellte Enterbung (exheredatio inter ceteros) ausgeschlossen werden [41].

b) Nach dem prätorischen Recht haben nicht blos sui heredes ein Recht auf förmliche Berücksichtigung, sondern auch Emancipirte und die diesen gleich gestellten Descendenten; auch beschränkt sich dies Recht nicht auf Söhne, jedoch genügt für Descendentinnen eine exheredatio inter ceteros. Präterition begründet das Recht, die Rescission des Testaments durch contra tabulas B. P. binnen einem utilis annus nachzusuchen, wobei denn, außer den Enterbungen, auch noch einige Nebenbestimmungen im Testamente erhalten werden. Für die blos prätorischen Erben ist diese B. P. eine necessaria, für die sui heredes (einige Fälle abgerechnet [42]) nur eine utilis.

2) Ausserdem giebt es noch ein Notherbenrecht im weitern Sinne, welches durch die querela inofficiosi testamenti geschützt wird. Es wurde dabei von der Grundansicht ausgegangen, daß zwar kein förmliches Recht verletzt sey, wohl aber die Pflicht der Verwandtenliebe, indem man Fremde ohne hinreichenden Grund seinen nächsten Verwandten vorgezogen [43]. Be-

41) Bd. XXXVI. S. 338—344. (Vgl. ebendas. S. 306 a. E. — 309).

42) Nämlich a) wenn Enkel und Töchter, gehören sie auch sonst zu den sui heredes, präterirt sind (s. oben S. 83. Note 19.); b) wenn der Notherbe im ersten Grade präterirt, im zweiten eingesetzt ist (S. oben S. 85. Note 28).

43) Pr. J. *de inofficioso test.* — L. 2. D. *eod.* (— „recte quidem fecit testamentum, sed non ex officio pietatis“).

rechtigt dazu sind a) die Notherben im engeren Sinne, wenn sie zwar in der gehörigen Form (rite) ausgeschlossen sind, aber ohne Grund (inique)[44]; b) alle zur Intestaterbfolge berechtigte Descendenten, Ascendenten und in einem gewissen Falle auch Geschwister, jedoch nur vollbürtige und Halbgeschwister von Vaterswegen[45]. Die Klage gewährt den Querulanten den ihnen ab intestato gebührenden Erbtheil, zu ihrer Durchsetzung wird aber der Beweis der verübten Unbilligkeit erfordert[46]. Ausgeschlossen werden kann sie durch Zuwendung eines bestimmten Theils von der Verlassenschaft (Pflichttheil genannt), weshalb man die zur Querel Berechtigten auch Pflichttheilsberechtigte nennt.

Dieß Recht bestand unverändert bis auf Justinian. Für die Aenderungen nun, welche dieser Kaiser im Notherbenrecht vor der Nov. 115. vornahm, kommen hauptsächlich zwei Constitutionen desselben in Betracht, — die L. 30. Cod. *de inofficioso testamento* (III. 28.) über Ergänzung des Pflichttheils (aus d. J. 528.), und die L. 4. Cod. *de liber. praeter.* (IV. 28.) aus dem Jahre 531. Diese letzte Verordnung muß hier aber zuerst erklärt werden, da sie bei der Frage: welche Bedeutung

44) L. 8. pr. in f. L. 20. pr. in f. D. *de bon. poss. contra tab.*

45) Fest wurde dies freilich erst durch die Constitutionen bestimmt. Vgl. L. 1. D. *de inoff. test.* und §. 1. Inst. *eod.* — S. Bd. XXXV. S. 340 fg. Not. 89.

46) L. 5. D. *de inoff. test.* — „Hujus autem verbi *de inofficioso* vis illa est: docere immerentem se, et ideo indigne praeteritum, vel etiam exheredatione summotum." — L. 28. Cod. *eod.* — Vgl. Bd. XXXV. S. 342. und unten §. 1423.

die L. 30. cit. für das ganze Notherbensystem habe, ganz besonders zu berücksichtigen ist [47]).

Im Eingange der Constitution klagt der Kaiser über die Subtilität und Inconsequenz des alten Rechts, indem man beim Erbrecht gegen ein Testament ein anderes Recht für männliche, ein anderes für weibliche Descendenten angenommen, bei der Intestaterbfolge dagegen beide Geschlechter ganz gleich behandelt habe [48]). Hieran schließt sich dann eine Relation und Kritik dieses früheren Rechts [49]). Für Söhne sey eine andere Enterbungsform eingeführt, wie für Töchter, und nach Civilrecht finde hierbei auch noch ein Unterschied zwischen Söhnen und Enkeln statt; ferner, durch Präterition der Söhne werde das Testament entweder ipso jure zerstört, oder doch die contra tabulas B. P. möglich gemacht, wogegen die präterirte Tochter nach dem Civilrecht durch ihr jus accrescendi das Testament nur theilweise vernichtet [50]), durch die prätorische

47) Von der L. 4. C. *de lib. praeter.* handelt Glück Bd. VII. des Comment. §. 551. S. 294. S. 297. 298. — Ein Auszug derselben findet sich in §. 5. J. *de exheredat. liberor.* — Vgl. *Abr.* Wieling Jurisprudentia restituta P. II. p. 181. und *F. G. C.* Sartorius Diss. de B. P. quam contra tab. parent. liberi agnoscunt p. 83 sq.

48) „Maximum vitium antiquae subtilitatis praesente lege corrigimus, quae putavit, alia esse jura observanda in successione parentum, si ex testamento veniant, in masculis, et alia in feminis, *quum ab intestato simile jus utrique sexui servaverint.*“

49) Nach der Glosse sind es „sex vitia“, welche in der Stelle aufgeführt und verbessert werden.

50) Der Kaiser drückt sich hierüber so aus: „filia — praeterita jus accrescendi ex jure vetere accipiebat, *ut eodem momento et testamentum patris quodammodo*

B. P. aber das Ganze erhalten habe, was indessen von dem Kaiser Antonin wiederum auf so viel beschränkt worden sey, als sie durch das Accrescenzrecht erhalten haben würde [51]. So sey es in den ältesten Zeiten nicht gewesen, wo man alle Descendenten gleich behandelt und namentlich auch für Söhne eine exheredatio inter ceteros zugelassen habe [52]. Und wenn gleich die Centum-

everteret, et ipsa quasi scripta legatis supponeretur," d. h. indem sie die väterliche Disposition gewissermaßen umstößt, wird sie doch zugleich, als wäre sie eingesetzte Erbin, zur Legatenzahlung verpflichtet.

51) Genau ist diese Relation des Kaisers hier freilich nicht, da er vergessen hat, daß nach dem Civilrecht auch Enkel wegen ihrer Präterition nur ein jus accrescendi hatten; *Ulpiani* Fragm. Tit. XXII. §. 17. Indessen beherrschte ihn der Gedanke, dem weiblichen Geschlechte sey großes Unrecht geschehen, hier so ganz, daß er sogar in die Worte ausbricht: „Qui tales differentias inducunt, quasi naturae accusatores exsistunt, cur non totos masculos generarit, *ut, unde generentur, non fiant*"; (die letzteren Worte übersetzt Westphal Theorie des röm. Rechts von Testamenten u. s. w., wenn gleich etwas breit und schwerfällig, doch nicht unrichtig: „so daß lieber gar keine Weibspersonen erzeugt würden, welche doch die Mannspersonen erzeugen müssen"). — Contius und Russardus lesen übrigens wohl besser: *fiat* st. fiant. — Auf ähnliche Weise äussert sich der Kaiser übrigens in der L. 14. C. *de suis et legit. hered.* (VI. 58.), worin er die Schwesterkinder zur Intestaterbfolge rief.

52) Es ist dies die einzige Stelle, woher wir das erwähnte Recht kennen. (Vgl. Bd. XXXVI. S. 152.). Unverdächtig ist die Quelle eben nicht, da es dem Kaiser nur darauf ankam, seine wohlthätigen Veränderungen, und daß er sich mit denselben eigentlich nur der alten Ein-

virn ein neues Rechtsmittel (die querela inoff. test.) eingeführt, so sey doch aus jener Ungleichheit (ex hac iniquitate) ein anderer Uebelstand erwachsen[53]). Denn da die Querel nur in Ermangelung anderer Rechtsmittel

fachheit anschließe, ins rechte Licht zu stellen. Vielleicht deutete er dadurch auch nur auf die alte Testirfreiheit hin, (uti legassit, ita jus esto), wobei freilich, da eine Berücksichtigung von Notherben überhaupt nicht erfordert wurde, auch die Form, unter welcher man dennoch die Seinigen von der Erbschaft ausschließen wollte, gleichgiltig seyn mußte.

53) Gewöhnlich wird die Stelle so gelesen: „*Tum etiam* centumviri aliam differentiam introduxerunt, et ex hac iniquitate vitium emersit" u. s. w. Man könnte hiernach glauben, daß der Kaiser auch den Centumvirn eine Ungleichheit gegen das weibliche Testament habe vorwerfen wollen. Allein da bei dem Recht der Querel ein Geschlechtsunterschied gar nicht in Betracht kommt, so darf die hier erwähnte iniquitas auch nur auf das vorhin referirte Recht bezogen werden: dadurch sey (will der Kaiser sagen) nach Einführung der Querel, eine neue Inconsequenz zum Vorschein gekommen; die Richtigkeit dieser Annahme ergiebt sich auch aus der folgenden Vergleichung zwischen dem Recht der qu. inoff. test. und dem förmlichen Notherbenrecht. — Hiezu paßt denn aber freilich die Lesart *Tum etiam* nicht gut. Einen bessern Sinn giebt es schon, wenn man lies't: *Cum* etiam. Die große Aehnlichkeit des c und t in den Handschriften ist bekannt; auch bezeugt Russardus (in marg. seiner Ausg.), daß die von ihm benutzten Handschriften sämmtlich so lesen. Mehr noch entspricht dem richtigen Sinne die Haloandrinische Lesart *Tametsi*, und daß es dafür nicht an handschriftlicher Auctorität fehle, wird auch von Contius (in seiner Ausg.) bezeugt.

statt finde[54]), so habe bisweilen die ganz mit Stillschweigen übergangene Tochter weniger erhalten, als die ausdrücklich enterbte. Jene habe nämlich von der jure accrescendi auf sie gekommenen Erbportion noch Vermächtnisse zahlen müssen, und zwar im Fall einer Ueberschwerung mit Legaten bis auf $^3/_4$ ihres Erbtheils, so daß sie als Erbin der Hälfte des Ganzen nur anderthalb Unzien ($1^1/_2$ Zwölftheile) erhalten. Einer Enterbten dagegen müsse der vierte Theil des gesammten Vermögens unbeschwert hinterlassen werden, oder sey ihr weniger zugewandt, so habe sie doch auf das Fehlende die Ergänzungsklage[55]).

54) „Nam quum ultimum adjutorium de inofficiosi querela positum esset, et *nemo ex alio ortus praesidio ad* hanc decurrere posset". — Was der Kaiser hier sagen will, ist klar, und die Erklärung eines Glossators: *ortus*, i. e. *filius*, wird man wohl nur lächerlich finden. Freilich aber ist das: nemo ex alio ortus praesidio, statt: *aliud nactus praesidium* auch ein Justinianischer Solöcismus, der seines Gleichen sucht.

55) Justinian hat hier den Fall vor Augen, wenn ein Extraneus eingesetzt und nur eine präterirte Notherbin da ist. Dann accrescirte diese zur Hälfte (in semissem) und war die Erbschaft mit Vermächtnissen überschwert, so durfte sie von dieser Hälfte blos die Falcidische Quart abziehen, ihr verblieb mithin nur eine Sescunzie. War sie aber enterbt, so mußte ihr mindestens immer der vierte Theil der Verlassenschaft (denn soviel betrug für sie als einzige Notherbin der alte Pflichttheil) zugewendet werden, um die Querel auszuschließen, oder sie kann doch so viel mittelst der Repletionsklage fordern. Durch die Querel erhielt eine solche Notherbin das Ganze. Dies erwähnt aber der Kaiser gar nicht einmal, um es recht anschaulich zu machen, daß auch selbst alsdann,

Nach diesem Eingange folgen nun die neuen Bestimmungen selbst, welche im wesentlichen darin bestehen:

1) gleichwie in der Intestaterbfolge kein Unterschied zwischen dem männlichen und dem weiblichen Geschlechte statt finde, so sollten künftig auch beide Geschlechter im Testamente gleichmäßig berücksichtiget, und zwar **namentlich** enterbt werden, und eben so wenig solle fernerhin noch die Präterition verschiedene Wirkungen erzeugen, sondern stets das Testament entweder ipso jure aufgehoben, oder durch c. t. B. P. rescindirt werden, möge der Notherbe Sohn oder Tochter, Enkel oder Enkelin seyn, **nur Töchterkinder ausgenommen**[56].

wenn die Querel ausgeschlossen sey, die Tochter, welche der Vater der Enterbung würdig befunden („quam injuria dignam pater existimabat") immer noch mehr erhalte, als die „quam taciturnitate in institutione praeteriit." Indessen vergaß er dabei ganz, daß die wirklich der Enterbung würdig befundene Tochter gar nichts erhalten konnte.

56) Et haec non solum in filiabus obtinere, sed etiam in nepotibus et neptibus et deinceps observari censemus, *si tamen ex masculis progeniti sunt.*" — Man könnte eine Inconsequenz darin finden, daß hier wieder die Descendenten von Töchtern ausgenommen werden, da der Kaiser ja ausdrücklich bestimmt, daß das Recht zur Intestaterbfolge für das Recht der Notherben zur Norm dienen solle, Töchterkinder aber schon vor Erlassung dieser Constitution mit den agnatischen Descendenten ab intestato erbten. (Vgl. L. 4. Th. Cod. *de legit. hered.* V. 1. L. 12. Cod. Justin. *de suis et legitim. hered.* VI. 55. §. 15. 16. J. *de heredit. quae ab intestato defer.*) Indessen ganz hatte der Vorzug agnatischer Descendenten in der Intestaterbfolge immer noch nicht auf-

2) Es solle der Unterschied aufgehoben seyn, welcher

gehört, da dieselben auch ⅓ von dem erhielten, was bei ganz gleicher Vertheilung auf die cognatischen Descendenten gekommen seyn würde. (S. *A.* VINNIUS comment. ad §. 15. J. *de hered. quae ab int. defer.* nr. 4. Glück Intestaterbfolge §. 109. S. 396 fgg. d. 2ten Aufl. Roßhirt Einleit. in das Erbrecht und Darstellung des ganzen Intestaterbrechts S. 95.) Erst durch die Nov. 18. c. 4. wurde auch diese Verschiedenheit aufgehoben. Doch kommt es hierauf überhaupt nicht an. Es erklärt und rechtfertigt die vom Kaiser gemachte Ausnahme sich ganz von selbst dadurch, daß das Gesetz nur von dem förmlichen Notherbenrechte handelt, — also von dem Rechte der sui heredes und der diesen gleich gestellten Descendenten, durch Einsetzung oder Enterbung im Testamente berücksichtigt zu werden. Nur die in dieser Hinsicht im alten Rechte sich findenden Unbilligkeiten und Inconsequenzen tadelt er und sucht sie zu verbessern: da die Notherben bei der Intestaterbfolge gleiches Recht haben, sagt er, so sollen sie auch auf gleiche Weise im Testamente berücksichtiget werden und, sind sie präterirt, ein gleiches Recht zur Erbfolge gegen das Testament haben. Er will also keineswegs das Recht der Descendenten zur Intestaterbfolge zum höchsten Grundsatz für das Notherbenrecht erheben; denn sonst hätten ja nach diesem Gesetze Kinder auch gegen das Testament der Mutter ipso jure erben, oder die c. t. B. P. nachsuchen können! Daß der Kaiser dies aber nicht beabsichtigte, ist eben so wenig zweifelhaft, als es überhaupt gewiß ist, daß nach dem Recht des Codex noch kein förmliches Notherbenrecht gegen die Testamente einer Mutter oder mütterlicher Ascendenten galt. (L. 15. C. *de inoff. test.* „*Filiam praeteritam a matre* ad successionem ejus *citra inofficiosi querelam* adspirare non posse, explorati juris est“). Aus diesem Allen ergiebt sich denn, daß die hinzugefügte Beschränkung: „si tamen ex masculis

bisher noch zwischen nachgebornen und zur Zeit der Testamentserrichtung schon vorhandenen Töchtern [57]), so wie zwischen Postumen männlichen und weiblichen Geschlechts bestan-

progeniti sunt" gar nicht einmal als Ausnahme betrachtet werden darf, sondern als eine sich von selbst verstehende Folgerung aus dem förmlichen Notherbenrecht, welche hier nur um Mißverständnissen vorzubeugen ausdrücklich erwähnt wurde. — Die von mir verglichenen Ausleger (z. B. BARTOLUS, CUJACIUS — in den Paratitlis und in dem comment. ad L. 4. Cod. *de lib. praeter.* — DONELLUS, GIPHANIUS, *de la* LANDE (in thes. *Meerm.* T. IV. p. 395 sqq.) ad eandem leg. u. A.) berühren diesen wichtigen Punct überall nicht; Accursius läßt sich zwar darauf ein, erklärt aber die Ausnahme ohne Noth, — oder vielmehr unrichtig — durch die zur Zeit dieser Constitution noch gebliebenen Verschiedenheiten in der Intestaterbfolge der Descendenten von Söhnen und von Töchtern.

57) Nach dem ausdrücklichen Zeugnisse des Kaisers bestand dieser Unterschied darin, daß nur der inter ceteros enterbten Postuma ein Legat hinterlassen werden durfte, die bereits erzeugte Tochter aber auch ohne dies giltig enterbt war. Dieses ganz unverwerfliche Quellenzeugniß hatte ich gerade nicht vor Augen, als ich mich für die Meinung erklärte, daß auch lebende Enkel und Töchter nur cum adjectione legati hätten inter ceteros enterbt werden dürfen (S. Bd. XXXVI. S. 343 fg.). Auch gestehe ich, daß Alles viel besser zusammenhängt, wenn man die Nothwendigkeit einer adjectio legati auf die Postuma einschränkt, weil bei schon lebenden Kindern eine allgemeine Erwähnung wohl hinreicht, um die Ueberzeugung zu begründen, daß der Testirer zu ihrer Ausschließung nicht durch Irrthum und Vergessenheit veranlaßt worden sey, — wie ich denn dies früher selbst schon bemerkt hatte. S. Bd. XXXVI. S. 152.

den [58]): alle sollten namentlich und bestimmt enterbt werden.

Diese letztere Bestimmung nun kommt für die folgende Erörterung nicht eigentlich in Betracht; nur die erste ist hier in einige nähere Erwägung zu ziehen. In den Institutionen (§. 5. *de exher. lib.*) heißt es: „nostra constitutio (L. 4. C. *de lib. praet.*) — — — simplex ac simile jus, et in filiis et in filiabus, et in ceteris descendentium per virilem sexum personis non solum natis, sed etiam postumis introduxit, ut omnes, sive sui sive emancipati sunt, aut heredes instituantur, aut nominatim exheredentur, *et eundem habeant effectum circa testamenta parentum suorum infirmanda, et hereditatem auferendam, quem filii sui vel emancipati habent, sive jam nati sunt, sive adhuc in utero constituti.*" — Musterhaft ist nun freilich die Art und Weise, wie hier die einzelnen Sätze verbunden werden, nicht zu nennen. Allein so viel ist gewiß, daß Justinian nicht sagt: die Wirkung der Präterition solle für sui und Emancipirte (prätorische Notherben) ganz gleich seyn; sondern da, wo er von der Wirkung spricht, setzt er beide gewissermaßen einander entgegen (filii sui *vel* emancipati) und bestimmt nur, daß keine Verschiedenheiten weiter statt finden sollen zwischen schon gebornen Kindern und Postumen. Theophilus dagegen in seiner Paraphrase dieser Stelle giebt den letzten Satz so wieder: Präterirte entkräften auf gleiche Weise das Testament durch seinen eignen Inhalt (ἐξ αὐτῆς γραφῆς) [59]), mögen sie Sui oder

58) M. s. hierüber Bd. XXXVI. des Comment. S. 345 fg. (nr. 2.).

59) — „infirmant ex ipsa scriptura testamentum" übersetzt *Ge. Otto* Reitz.

Emancipirte, schon Geborne oder Postumi seyn. — Was der Paraphrast mit dem obigen Ausdruck eigentlich sagen will, ist schwer zu bestimmen. Vielleicht soll es eine Umschreibung für *ipso jure* seyn; vielleicht ist das: ex ipsa scriptura aber auch nur ein müssiger Zusatz bei: *infirmant testamentum;* denn an und für sich kann es eben so gut auf Rescission des Testaments mittelst der c. t. B. P. als auf eine von selbst eintretende Vernichtung gehen[60]. So viel ist gewiß, daß Theophilus allerdings sagt, Sui und Emancipirte entkräften, wenn sie präterirt sind, das Testament auf die nämliche Weise (ὡσαύτως), und so mag er denn hauptsächlich die Meinung veranlaßt haben, daß Justinian die c. tab. B. P. durch die L. 4. C. *de lib. praet.* aufgehoben und die Emancipirten den suis darin gleich gestellt habe, daß deren Präterition das Testament ipso jure vernichte[61]. Diese Meinung ist aber offenbar falsch und wird auch von der Mehrzahl der Juristen verworfen[62]. Denn die

60) Sartorius diss. cit. p. 84.

61) Vertheidiger dieser Meinung nennt Glück (welcher selbst die richtige Ansicht vorträgt) Bd. VII. des Comment. §. 551. S. 298. not. 31. Wenn übrigens Finestres (Praelect. Cervariens. de lib. et post. P. II. cap. III. §. 8.) auch den Cujacius (ad Inst. Tit. de exher. lib. §. 3.) unter jenen nennt, so kann dies nur auf einem Irrthume beruhen. Wohl aber neigte sich *J. H.* Böhmer dahin, indem er erklärt, die Sache sey zwar streitig; wenigstens müsse man aber so viel zugeben, daß die c. t. B. P. durch Nov. 115. abgeschafft sey (in not. ad §. 5. Inst. de exher. lib.).

62) Ausser den von Glück a. a. O. (s. die vor. Note) genannten Schriftstellern sind hier noch folgende zu erwähnen: *H.* Donellus ad L. 4. C. de lib. praet. nr. 3.

L. 4. §. 1. C. *de lib. praet.*, deren Inhalt hier allein entscheidend ist, bestimmt nur, daß alle eigentliche Notherben namentlich enterbt, widrigenfalls aber für präterirt gehalten werden sollen; die Wirkungen der Präterition sind nur in einem Punkte geändert, nämlich in Ansehung des jus accrescendi, welches Justinian ganz aufhebt. Dagegen heißt es ausdrücklich: die Tochter soll die contra tabulas B. P. in der Art haben, wie sie der Sohn, er möge suus oder emancipatus seyn, habe („et c. t. B. P. talem habere, qualem filius *vel* suus *vel* emancipatus haberet") und ihre Präterition solle, wie die Präterition der Söhne, je nachdem dieselben Sui oder Emancipirte seyen, entweder das Testament von sebst zerstören, oder dessen Aufhebung vermittelst der c. t. B. P. zur Folge haben („ut et ipsa, si fuerit praeterita, ad instar filii emancipati *vel* sui, *vel testamentum ipso jure evertat, vel per contra tab. B. P. stare hoc non patiatur*"). — Der Kaiser erwähnt hier zweimal der c. t. B. P. Zuerst, um dadurch auszudrücken, daß auch die B. P. der Töchter vollständig wirken, — nicht mehr durch das civilrechtliche jus accrescendi eingeschränkt seyn solle; zugleich deutet er hierbei auf das verschiedene Recht der sui und emancipati in Ansehung der c. t. B. P. hin; das Recht also, von aller Vermächtnißzahlung frei zu seyn, soll auch den Haustöchtern zustehen, wenn sie präterirt sind und von

Bachovius ad §. 5. Inst. de exher. lib. nr. 3. *A.* Perez praelect. in Cod. ad Tit. de liber. praeter. nr. 4. *de la* Lande ad L. 4. C. de lib. pr. l. l. p. 397. *Jo.* Voet comment. ad Pand. Tit. de lib. et post. §. 7. *Ev.* Otto ad §. 5. Inst. de exh. lib. nr. 3. Bluntschli Erbfolge gegen den letzten Willen S. 116. Francke Notherbenrecht §. 14. S. 163 fgg.

der contra tabulas B. P. Gebrauch machen. Doch nöthig haben sie dies nicht, da die B. P. für sie nur eine utilis ist. Dies führt ihn denn von selbst darauf, von der B. P. im Gegensatze der ipso jure eintretenden Vernichtung des Testaments noch einmal zu sprechen: je nachdem die Tochter sua heres oder nur prätorische Notherbin ist, soll sie ein Recht haben, entweder das Testament als gar nicht vorhanden anzusehen, oder dessen Aufhebung durch die B. P. zu bewirken. Hierin liegt denn also die deutlichste Anerkennung des bisherigen Unterschiedes zwischen civilrechtlichem und prätorischem Notherbenrechte, und nur die oberflächlichste Ansicht der L. 4. cit. konnte die Meinung erzeugen, daß dies Gesetz eine Gleichstellung der Sui und Emancipirten ausspreche und die Nothwendigkeit der c. t. B. P. aufhebe; weshalb es denn auch nicht einmal nöthig ist, auf andere Quellenzeugnisse zu provociren[63]), um die fortdauernde Giltigkeit dieser B. P. im Justinianischen Rechte, wenigstens bis zur Erlassung der Nov. CXV, darzuthun.

Eine andere Frage aber ist die: hat nicht Justinian früher schon, nämlich durch die L. 30. Cod. *de inoff. test.* (v. J. 528.), der durch dies Gesetz eingeführten actio ad supplendam legitimam auch das förmliche Notherbenrecht untergeordnet? m. a. W., hat er nicht

63) Z. B. auf §. 4. J. *de B. P.* (— „contra tab. et secundum tab. bonorum possessiones admisimus, utpote necessarias constitutas"). Vgl. auch Theophilus in der Paraphrase dieser Stelle, wo er ausdrücklich sagt, der Kaiser habe die c. t. B. P. als eine necessaria, in ihrer alten Beschaffenheit gelassen, — womit denn freilich seine Interpretation des §. 5. J. *de lib. exher.* nicht genau übereinstimmt!

bestimmt: daß nicht nur die querela inofficiosi testamenti, sondern auch das Recht der Notherben, wegen Präterition das Testament für null zu erklären, oder durch c. t. B. P. zu rescindiren, wegfallen sollen, wenn der Testirer dem Notherben etwas zugewandt hat, — daß also in diesem Falle der Notherbe, auch wenn er präterirt ist, immer nur berechtigt seyn solle, das am Pflichttheil etwa noch Fehlende durch die Ergänzungsklage nachzufordern? Glück bejaht diese Frage[64]), und eben so Francke[65]). In der That kann man sich dafür auch auf Gründe berufen, welche auf den ersten Anblick, wenigstens nicht unerheblich zu seyn scheinen[66]). Der Kaiser erklärt im Eingange seiner Constitution, daß so wie er auf alle Weise darauf Bedacht nehme, letztwillige Verfügungen gegen Anfechtung zu sichern, so glaube er auch durch seine gegenwärtige Anordnung eine sehr häufige Veranlassung dazu abzuschneiden, „et in certis casibus, *in quibus de inofficiosis defunctorum testamentis, vel alio modo subvertendis moveri solebat actio*, certa lege tam mortuis consulere, quam liberis eorum, vel aliis personis, quibus eadem actio competere poterat, ut, sive adjiciatur in testamento de adimplenda legitima portione, sive non, firmum quidem sit testamentum, liceat vero his personis, *quae testamentum quasi inofficiosum vel alio modo subvertendum queri poterant*, id, quod minus portione legitima sibi relictum est, ad implendam eam — exigere" —. Also nicht blos der Querel, sondern auch anderen Rechtsmitteln soll durch

64) Bd. VII. des Comment. §. 551. S. 329 — 331.

65) Notherbenrecht §. 26. S. 341 fgg.

66) Vgl. Bd. XXXVI. des Comment. §. 1421. f. S. 15.

diese Neuerung vorgebeugt werden. Was könnten dies nun für welche seyn, als die s. g. Nichtigkeitsklage [66a]) und die contra tabulas Bonorum Possessio? Dann aber müßte Justinian gesagt haben: auch die Präterition der Notherben soll dem Testamente nicht schaden, sobald nur denselben irgend etwas auf eine Art zugewendet wird, daß die actio ad supplendam legitimam zulässig erscheint. Allein daß er dies nicht sagen wollte, läßt sich

1) aus dem Gesetz selbst darthun. — Zuvörderst ist hier schon der Umstand von Gewicht, daß die Ergänzungsklage ausgeschlossen seyn soll, wenn sich ergiebt, daß der Erblasser einen gerechten Grund hatte, seine Notherben von der Erbschaft auszuschließen (— — „si tamen non ingrati legitimis modis arguantur, quum eos scilicet ingratos circa se fuisse testator dixerit.“). Dies aber hat mit dem durch bloße Präterition begründeten förmlichen Notherbenrecht durchaus nichts zu thun; nur die Querel wird wegen gerechter Enterbungsursachen ausgeschlossen, und da dieser Unterschied im Allgemeinen noch bestand, so ist mindestens mit großer Wahrscheinlichkeit anzunehmen, daß die Ergänzungsklage nur ein Surrogat der querela inofficiosi testamenti, nicht

66a) Denn auf das Argument von *G. J. de* Schleinitz (comment. de act. qua ad legitimam supplendam agitur §. 9. p. 25.), daß die Präterition eines Haussohns das Testament ipso jure vernichte, folglich auf diesen Justinians Verordnung unmöglich gehen könne, — möchte ich kein Gewicht legen, da der präterirte Haussohn ja das Recht der eingesetzten Erben nur zerstört, wenn er von dem seinigen Gebrauch macht, und dies ja im Falle eines Widerspruchs nur durch Klage durchsetzen kann. (S. auch Bd. XXXVI. des Comment. S. 328.).

aber auch der durch Verletzung des förmlichen Notherbenrechts begründeten Rechtsmittel seyn sollte. Auch wird diese Wahrscheinlichkeit dadurch keineswegs geschwächt, daß es heißt: wenn der Testirer das schlechte Betragen des Notherben nicht gerügt habe, so sollten auch die eingesetzten Erben nicht behaupten dürfen, die Ausschließung sey verdienterweise geschehen. („Nam si nullam eorum quasi ingratorum fecerit mentionem, non licebit ejus heredibus ingratos eos nominare, et hujusmodi quaestionem introducere"). Denn daraus folgt ja noch nicht, daß die präterirten Notherben auf die Ergänzungsklage eingeschränkt seyn sollen, sondern nach den sonst bekannten Grundsätzen über Notherbenrecht kann dies nur den Sinn haben, wenn der Testirer seine Notherben nicht präterirt, sondern förmlich enterbt, aber nicht angegeben hat, daß der Enterbte die Ausschließung verdient habe, so darf der Ergänzungsklage die Einrede, es habe der Notherbe durch sein eignes Betragen die Enterbung veranlaßt, niemals entgegengesetzt werden. Und daß der Kaiser hier nur an das Pflichttheilsrecht und die darauf beruhende Querel dachte, ergiebt sich auch aus dem §. 2. der Constitution, worin von dem die Rede ist, was „filiis aliisque personis, quae dudum ad inofficiosi testamenti querelam vocabantur" in die Legitima einzurechnen sey.

Besonders entscheidend ist aber der §. 1., welcher so lautet:

„Sin vero vel praeterierint aliquam eorum personam jam natam, vel ante testamentum quidem conceptam adhuc vero in ventre constitutam, vel exheredatione, vel alia eorum mentione facta nihil eis penitus reliquerint, tunc vetera

jura locum habere sancimus, nullam ex praesente promulgatione novationem, vel permutationem acceptura[67]).

Nach anerkannten Regeln der grammatischen Construction kann das: „nihil eis penitus reliquerint“ sich nicht auf den ersten Satz: „Sin vel praeterierint aliquam eorum personam“ beziehen, es ergiebt sich vielmehr folgender Sinn:

> wird ein Notherbe entweder präterirt, oder zwar enterbt u. s. w., ohne daß ihm jedoch vom Testirer etwas zugewendet ist, so bleibt es unverändert beim alten Rechte.

Man sieht aus der Fassung der Stelle (der Erwähnung der Postumen und der Enterbung) ganz deutlich, daß Justinian hierbei nur an förmliches Notherbenrecht dachte; er wollte also sagen:

> bei gänzlicher Präterition tritt Nullität oder contra tabb. B. P. ein, ist dem Notherben nun nichts hinterlassen, so kann er, wie früher zur querela inofficiosi testamenti seine Zuflucht nehmen.

Da er indessen vorher und auch in der folgenden Stelle wieder (im §. 2.) von allen Pflichttheilsberechtigten spricht, so muß man jene Aeußerung auch auf die Notherben im weiteren Sinne mit beziehen, und da würde denn die Anwendung so lauten:

67) So lesen den letzten Satz („nullam — — — acceptura“) Contius, Russardus u. A. Manche haben st. promulgatione: *lege*, bei Andern fehlt das Substantiv hinter: *praesente* ganz (s. ed. *Spangenb.*), Hal. hat das vel permutationem nicht. Auf den Sinn haben diese Verschiedenheiten keinen Einfluß.

blos pflichttheilsberechtigte Notherben aber haben in allen diesen Fällen ein Recht auf die Querel.

Dieser deutlichen Erklärung Justinians nun, daß seine neue Bestimmung das bisherige Recht nicht berühre, wenn Notherben präterirt seyen, scheint nur eins entgegen zu stehen. Was sollen nämlich die Worte: „vel alia eorum mentione facta“ hinter *exheredatione* bedeuten? Wörtlich verstandn heißt dies: wenn der Testirer die Notherben enterbt, oder sonst ihrer im Testamente erwähnt, ohne ihnen aber etwas zu hinterlassen, so bleibt es beim alten Recht. Also: ist ihnen etwas durch das Testament zugewendet, so sind sie auf die Ergänzungsklage eingeschränkt, denn sie sind ja alsdann im Testamente erwähnt. Nun nehme ich selbst an, daß Justinian bei diesem Theile seiner Disposition nur Notherben im engeren Sinne vor Augen hat; diese aber sind allemal für präterirt zu halten, wenn sie weder förmlich eingesetzt noch enterbt sind, mag ihrer noch, so oft im Testament, im Guten oder im Bösen, gedacht seyn[68]). Allein jene Auslegung ist hier schon darum zu verwerfen, weil der Kaiser dadurch mit sich selbst im Widerspruche stehen würde, indem er ja vorher den Präterirten ihr altes Erbrecht ohne alle Einschränkung zugesichert hatte[69]). Oder verstand er vielleicht den Ausdruck

68) Vgl. Bd. VII. d. Comm. §. 551. S. 201 fgg. Bd. XXXV. §. 1421. d. S. 315 fgg. Bd. XXXVI. §. 1421. h. S. 349 fgg. (nr. I.).

69) Unbegreiflich ist es daher, wie Russardus in margine seiner Ausgabe bei den Worten „vel alia eorum mentione facta“ zu der Variante: aliorum (st. alia eorum) anmerken konnte: „quod rectius est; agit enim hic de praeteritis, non autem nominatis, ut ex superio-

praeteriti nicht im juristischen Sinne, sondern blos von solchen, die der Testirer ganz mit Stillschweigen übergangen hat[70])? Das ist nicht nur an sich schwer zu glauben, sondern es läßt sich auch auf andere Art widerlegen. Faßt man nämlich den Inhalt des §. 1. und die Art, wie die einzelnen Sätze in demselben verbunden sind, näher ins Auge, so ergiebt sich bald, daß Justinian folgenden Gedanken ausdrücken wollte: „Sind eigentliche Notherben vorhanden, und es ist entweder dem förmlichen Notherbenrechte überall nicht genügt, oder es ist ihm zwar genügt, jedoch den berechtigten Personen gar nichts hinterlassen, so bleibt es beim alten Rechte." Dem förmlichen Notherbenrechte geschieht nun entweder durch Enterbung oder durch Einsetzung ein Genüge, wenn auch die letztere inhaltsleer seyn sollte, d. h. durch die besonderen Bestimmungen des Testaments dem Notherben alles Recht an dem Vermögen wieder entzogen ist[71]). Daß nun der Kaiser dafür den Ausdruck wählte: „vel alia eorum mentione facta", darf nicht befremden, da eine Ernennung zum Erben ohne alle Vermögenszuwendung doch im Grunde nichts, als eine leere Erwähnung ist.

Dasselbe Resultat ergiebt sich auch

2) aus den übrigen, das Ergänzungsrecht betreffenden Constitutionen des Kaisers. Mit keinem Worte wird in denselben darauf hingedeutet, daß die actio ad sup-

ribus apparet." Ja es würde dadurch der Widerspruch noch greller hervortreten, indem das *aliorum* f. ment. hier nur heißen könnte: wenn er die Notherben gar nicht, sondern blos Extraneos im Testamente genannt hat.

70) Dies nimmt Francke an, a. a. O. S. 348.

71) S. Bd. XXXV. d. Comment. §. 1421. d. S. 320 fgg.

plendam legitimam auch für die Fälle eingeführt sey, wenn das förmliche Notherbenrecht verletzt, den Notherben aber etwas hinterlassen ist. Durchweg ist hier nur vom Pflichttheilsrecht und der querela inofficiosi testamenti, welche durch die Ergänzungsklage ausgeschlossen seyn solle, die Rede[72].

Eine besondere Bestätigung erhält diese Meinung aber

3) durch die oben erklärte L. 4. Cod. *de liberis praeteritis* (VI. 28.). Hier spricht der Kaiser eigends und sehr ausführlich vom förmlichen Notherbenrecht, dessen bisheriger Gestalt und den von ihm für nöthig befundenen Aenderungen. Allein mit keiner Sylbe wird gesagt oder auch nur darauf hingedeutet, daß die fehlende Einsetzung oder Enterbung des Notherben dem Testamente unnachtheilig seyn solle, wenn demselben etwas hinter-

72) S. L. 31. Cod. *de inoff. test.* („Quae nuper — — — sancivimus, *ut portione legitima minime illis personis derelicta, quae ad inofficiosi testamenti querelam ex prioribus vocabantur legibus*, non periclitentur testamenta." —). — L. 32. *eod.* („Quoniam in prioribus sanctionibus illud statuimus, ut, *si quid minus legitima portione his derelictum sit, qui ex antiquis legibus de inofficioso testamento actionem movere poterant*, hoc repleatur" — —). — L. 34. *eod.* verb.: „et si praeparatio facta non est ad inofficiosi querelam instituendam — — — — — repletio quartae partis nepoti superest." — L. 35. §. 1. u. 2. *eod.* — L. 36. *eod.*; worin zuerst einige auf das Ergänzungsrecht Bezug habende Punkte bestimmt werden, dann aber (im §. 2.) festgesetzt wird, von welcher Zeit an die Verjährung der querela inofficiosi testamenti laufe? — Genug, Alles deutet auf den innigen Zusammenhang zwischen dem Recht der Querel und der Ergänzungsklage hin.

lassen worden, indem er alsdann nur auf Ergänzung des Pflichttheils klagen könne. Und sollte wohl Justinian, der sich so gerne citirt, es unterlassen haben, auf eine so wichtige Neuerung hinzuweisen? Ueberdies ist ja deutlich genug gesagt, daß, soviel die Wirkungen der Präterition anbelange, das bisherige Recht nur in einem Punkt, nämlich in Ansehung des Accrescenzrechts präterirter Descendentinnen abgeändert seyn solle, ja es findet sich in der Constitution eine Bestimmung, welche mit jener angeblichen Neuerung schlechterdings unvereinbarlich ist: die Enterbung inter ceteros soll auch für Töchter nicht weiter gelten, selbst alsdann nicht, wenn sie cum adjectione legati geschieht, vielmehr soll die nicht namentlich enterbte Tochter stets das Testament anfechten dürfen [73]). Wie verträgt es sich denn hiermit, wenn die bloße Hinterlassung eines Legats einem präterirten Notherben das Recht auf die s. g. Nullitätsklage und die contra tab. b. p. entzogen und ihn auf die Ergänzungsklage eingeschränkt hätte? Francke, welcher selbst zugesteht, daß dieser Widerspruch auf keine Weise zu heben sey (a. a. O. S. 346), weiß seine Ansicht nur durch die Voraussetzung zu retten, daß beim Schluß der L. 4. C. *de lib. praet.* „dem Concipienten der Verordnung der Widerspruch entgieng, in welchen er mit der L. 30. C. *de inoff. test.* gerieth“ (a. a. O. S. 348.) Allein eine solche Vergessenheit hier anzunehmen, wo Alles ihn an die Sache erinnern mußte, ist wohl kaum möglich. Ueberdies beschäftigte den Kaiser und seine Gehilfen bei der Gesetzgebung das neue Ergänzungsrecht so sehr, daß bald nach der ersten Constitution darüber Ergänzungen derselben erschienen und überhaupt jede Ver-

73) L. 4. §. 3. Cod. *de lib. praeter.*

anlassung benutzt wurde, jenes Rechts zu erwähnen, namentlich auch in der L. 36. C. *de inoff. test.*, welche an demselben Tage, wie die L. 4. C. *de liberis praeteritis* erlassen wurde[74]), und auch wohl denselben Concipienten zum Verfasser hatte, wie jene; also das Recht der actio ad supplendam legitimam mußte dem Verfasser des letztgedachten Gesetzes ebenfalls so gegenwärtig seyn, daß Vergessenheit über einen so wesentlichen Punct, wie die Unterordnung des förmlichen Notherbenrechts unter jene Klage, kaum begreiflich wäre. Viel eher ließe es sich erklären, daß die Aeußerungen in der L. 30. C. cit., welche zu dieser Controverse die Veranlassung gegeben haben, und sonst durch nichts unterstützt werden[75]), niedergeschrieben seyen, ohne daß sich

74) Beide haben die inscriptio: — Joanni Pr. Pr. und die subscriptio: Dat. Kal. Septemb. Constantinop. post Consulatum Lampadii etc. Orestis VV. CC. (531.)

75) Francke (a. a. O. S. 347.) will zwar auch die Worte: „Et haec quidem de his personis statuimus, quarum mentionem testantes fecerint et aliquam iis quantitatem in hereditate, vel legato, vel fideicommisso, licet minorem legitima portione, reliquerint" — noch besonders für seine Meinung berücksichtigt wissen. Indessen wird damit nichts anderes gesagt, als daß ohne eine Erwähnung und Honorirung der Pflichttheilsberechtigten die Beschränkung des Rechts derselben auf die Ergänzungsklage nicht statt finden solle; daraus folgt ja aber noch nicht, daß jede Erwähnung der Notherben genüge, um sie auf jene Klage zu beschränken, m. a. W., daß es zur Ausschließung des förmlichen Notherbenrechts keiner Einsetzung oder Enterbung mehr bedürfe, sobald den Notherben nur etwas hinterlassen werde. — Eben so wenig beweis't die Bestimmung der Nov. 18. c. 1., worauf Francke sich beruft (a. a. O. S. 348.), hier

ihr Urheber etwas Bestimmtes hierbei dachte [76]). Denn ein zwar gut gemeintes, aber nicht durch vorsichtige Erwägung aller Verhältnisse geleitetes Bestreben, keinen möglichen Gegenstand der Anwendung des Gesetzes zu übergehen, veranlaßte ja auch sonst, zumal in Justinianischen Constitutionen, manche unbedachte Aeußerung, die, an sich bedeutungslos, der Stoff zu endlosen Streitigkeiten unter den neueren Juristen wurde [77]). Doch giebt es hier noch einen andern Ausweg, den nämlich, daß man die Worte „*vel alio modo subvertendis*“ und „liceat his personis, quae testamentum quasi inofficiosum *vel alio modo subvertendum* queri poterant“ — auf die den Patronen gegen die Testamente

etwas. Justinian ordnet hierin an, daß der von ihm erhöhete Pflichttheil auf jegliche Weise, durch Erbeinsetzung oder Vermächtniß, hinterlassen werden könne; allein daß der Pflichttheil selbst titulo heredis institutionis hinterlassen werde, war ja zu keiner Zeit erforderlich. Vgl. Bd. XXXV. des Comment. §. 1421. d. S. 315 fgg.

76) Vgl. *Raph.* Fulgosius ad h. leg. Cod. nr. 2. in f.

77) Vgl. z. B. L. 34. C. *de inoff. test.* (Bd. XXXV. des Comment. §. 1421. e. S. 470.). — L. 8. §. 4. in f. C. *de bon. quae lib.* (VI. 61.): — „paterna reverentia eum excusante et a ratiociniis, et a cautionibus, *et ab aliis omnibus, quae ab usufructuariis extraneis exiguntur.*“ (Vgl. *F. H.* Schroeder — seu potius: *C. F.* Mühlenbruch diss. de inventarii confectione ei, cui omnium bonorum ususfructus relictus est, inutiliter remissa. Rost. 1810. §. 3.). — Nov. 89. c. 15. (Vgl. *A.* Heise Diss. de successorib. necessariis §. 29 — 32. p. 52 sqq. Spangenberg im Archiv für die civilist. Praxis Bd. XII. Abh. XXII. S. 452 fgg. Roßhirt Einleitung in das Erbrecht u. s. w. S. 215.).

ihrer Freigelassenen zustehende B. P. (und die dieser nachgebildete des parens manumissor) bezieht[78]). — Patrone hatten kein förmliches Notherbenrecht, d. h. ihre Uebergehung schadete dem Testamente nicht, sondern sie hatten nur ein Pflichttheilsrecht, wobei es denn ganz gleichgiltig war, auf welchem Wege ihnen der Pflichttheil zugewendet wurde[79]). Ihr Pflichttheilsrecht war aber nicht durch die querela inofficiosi testamenti, sondern durch eine contra tabb. B. P. geschützt, welche das Testament, nur soweit es zur Sicherung der Legitima nöthig war, rescindirte[80]). Wollte Justinian nun seinen Grund-

78) de Schleinitz comm. de act. qua ad legit. suppl. agitur §. 9. p. 26 — 28. — Diese Ansicht vertheidigt auch der Recensent von Francke's Notherbenrecht in Schunck's Jahrbüchern der gesammten deutschen jurist. Literatur. Neue Folge, erster Jahrgang. Heft 3. nr. 1, wo sich überhaupt eine gründliche Widerlegung der Francke-schen Ansicht (S. 252 — 256) findet.

79) L. 3. §. 15—19. L. 20. §. 3. D. *de bon. libert.* (XXXVIII. 2). L. 21. §. 1. D. *de jure patron.* (XXXVII. 14.) — Vgl. Bd. XXXV. §. 1421. b. S. 266. 267. §. 1421. d. S. 335.

80) L. 1. §. 2. L. 25. D. *de bonis libert.* — Diese contra tab. B. P. hatte auch das Eigenthümliche, daß sie nicht geradezu wider das Testament, sondern, gleich der querela inofficiosi testamenti, wider den Erben zu richten war, weshalb es denn auch heißt: „Ut patronus contra tabulas bonorum possessionem accipere possit, *oportet hereditatem aditam esse, aut bonorum possessionem petitam.*“ (L. 3. §. 5. D. *de bon. lib.*). Vgl. L. 4. pr. in f. u. L. 19. D. *de B. P. c. t.* (XXXVII. 4.) mit L. 8. §. 10. D. *de inoff. test. verb.*: „quoniam ante aditam hereditatem nec nascitur querela.“ — S. Bd. XXXV. S. 355. nr. c. und oben S. 7. not. 9. 10. dieses Bandes.

satz: an die Stelle der alten Rechtsmittel wegen verletzten Pflichttheils solle unter vorausgesetzter Zuwendung eines Theils die Ergänzungsklage treten — vollständig durchführen, so mußte er ihn auch auf die c. t. B. P. des Patrons beziehen [81]). Und daß dies wirklich geschah, — daß er bei der L. 30. Cod. *de inoff. test.* auch das patronatische Notherbenrecht vor Augen hatte, wird wenigstens in hohem Grade wahrscheinlich aus der Art, wie sich der Kaiser in dem §. 3. J. *de succes. libert.* hierüber äussert. Diese Stelle enthält einen Auszug aus der großen, verloren gegangenen griechischen Constitution über das patronatische Erbrecht [82]). Die hieher gehörigen Worte

81) In practischer Hinsicht war dies freilich hier nicht so wichtig, wie in Beziehung auf die Querel, da die B. P. des Patrons ja nur auf den Pflichttheil gieng, und dies ist der Grund, weshalb sie ihrer nächsten Wirkung nach auch wohl als bloße Ergänzungsklage erscheint, wenn nämlich der auf einen zu geringen Theil zum Erben ernannte Patron mit Anderen concurrirt, welche ihren Erbtheil behalten (s. z. B. L. 10. pr. D. *de bon. lib.*). Sie unterschied sich aber von dieser Klage wesentlich dadurch, daß sie dem Patron die Rechte eines Miterben, namentlich auch in Ansehung des jus accrescendi gewährte (L. 21. §. 2. D. *de jure patronatus* XXXVII. 14. Vgl. L. 6. pr. D. *de bon. poss.* XXXVII. 1.), wogegen der Notherbe durch die Ergänzungsklage nie mehr als eben den ihm gebührenden Theil erhalten kann. Nach dem älteren Rechte nun mußte der Patron entweder das ihm unvollständig Hinterlassene annehmen, oder es ganz fallen lassen und die c. t. B. P. nachsuchen. (Vgl. L. 3. §. 18. in f. L. 8. §. 3—5. L. 16. §. 5. L. 19. L. 50. pr. §. 1—3. D. *de bonis libertor.*). So war denn also die Anwendung der L. 30. Cod. *de inoff. test.* auf das patronatische Notherbenrecht keineswegs bedeutungslos.

82) Sie findet sich in den neueren Ausgaben als L. 4. Cod.

lauten so: „ex nostra constitutione per bonorum possessionem contra tabulas non dimidiam, ut ante, sed tertiam partem bonorum liberti consequantur; *vel quod deest eis ex constitutione nostra repleatur*" —. Daß nun die Worte: ex nostra constitutione — — non dimidiam auf die erwähnte griechische Constitution gehen, ist ausser Zweifel; gewiß ist es aber nicht glaublich: daß auch der Satz: *ex constitutione nostra repleatur* sich wieder auf die nämliche Verordnung beziehen sollen, da eine so offenbare Tautologie nicht an-

de bon. libertor. bei Spangenberg und Beck nach dem zuerst von Cujacius (observat. XX. 34.) bekannt gemachten Texte der Basiliken, welche indessen auch nur einen Auszug geben. Vgl. hierüber K. Witte die leges restitutae des Justinianeischen Codex S. 193 — 199. Biener Revision des Justin. Codex. Fünfter Abschnitt nr. CXVII., in der Zeitschrift für geschichtl. Rechtswissenschaft S. 307 fg. — Ausser dieser griechischen giebt es auch eine kürzere lateinische Constitution über denselben Gegenstand, welche ihr erster Herausgeber Cujacius (obs. XX. 34.) für einen bloßen Auszug aus der griechischen erklärt. Dafür scheint auch zu sprechen, daß Justinian in den Institutionen nur einer Constitution „quam pro omnium notione Graeca lingua composuimus" erwähnt, sodann der Umstand, daß sie sich als Authentike bei den Institutionen findet. (Vgl. Witte a. a. O. S. 9. 10.). Dagegen hält sie v. Savigny (in seinem Aufsatz: Authenticae in den Institutionen, in Hugo's civilist. Magaz. Bd. III. Abh. XIV. S. 290.) und mit ihm Biener (Geschichte der Novellen Justinians S. 579. und Revis. des Justin. Codex vierter Abschn. Nr. XVI. in der Zeitschrift f. geschichtl. R. W. Bd. VII. S. 199 fg.) für eine lateinische Original-Constitution, und allerdings ist nicht zu läugnen, daß ihre Sprache das Gepräge der Originalität an sich trägt.

genommen werden darf. Justinian meinte hier also sein Gesetz über die Ergänzung des Pflichttheils[83]); dies aber vorausgesetzt, so folgt mit Nothwendigkeit, daß die L. 30. Cod. *cit.* sich auch auf das Pflichttheilsrecht der Patrone mit beziehen sollte. Gegen die Beweiskraft dieses ganzen Arguments ließe sich nun freilich noch erinnern, daß, wenn man auch die Anwendbarkeit der Worte des Gesetzes: „vel alio modo subvertendis" auf das patronatische Notherbenrecht zugeben müsse, daraus doch noch nicht folge, daß dies hier allein gemeint sey. Indessen darf man nicht vergessen, daß es hier nur darauf ankam, einen möglichen, wenn auch beschränkteren Sinn jener Worte aufzufinden, als sie, in ihrer Allgemeinheit verstanden, haben würden, um auf diese Weise das Gesetz mit sich selbst und mit anderweitig anerkannten Rechtsgrundsätzen in Uebereinstimmung zu bringen. — Hiernach würde denn Justinians Disposition in der L. 30. Cod. *de inoff. test.* so ausgedrückt werden können: in allen Fällen, wo bisher das Pflichttheilsrecht durch die querela inoff. test. oder durch andere Rechtsmittel gegen ein Testament verfolgt werden konnte, soll von nun an nur die Ergänzungsklage statt finden, wenn der Testirer dem Notherben etwas zugewendet hat.

83) Auch in der griech. Constit. (§. Εἴτε οὖν — 17 nach Witte), so wie in der am Schluß der vor. Note erwähnten lateinischen kommt etwas über dies Ergänzungsrecht vor; man sieht aber deutlich, daß dies nicht erst durch die Constitution angeordnet werden sollte. — Auf einem offenbaren Mißverständnisse beruht es übrigens, wenn die Turiner Glosse sagt: der Patron habe das Recht, entweder die c. t. B. P. nachzusuchen, oder auf Ergänzung zu klagen. (v. Savigny Geschichte des röm. Rechts im Mittelalter Bd. III. S. 699 a. E. fg.).

Nimmt man übrigens die entgegenstehende Meinung an, so wird man allerdings auch zugeben müssen, daß die Einsetzung eines suus heres unter einer zufälligen Bedingung nach dem Recht der L. 30. C. *de inoff. test.* nicht ungiltig sey, sondern die Bedingung nur, soweit sie den Pflichttheil betrifft, für nicht hinzugefügt gehalten werden müsse. Denn wird das förmliche Notherbenrecht dadurch ausgeschlossen, daß der Testirer dem Notherben etwas zugewendet, tritt also in diesem Fall auch für die eigentlichen Notherben nur Pflichttheilsrecht ein, so muß freilich der Grundsatz seine Anwendung finden, daß eine Beschränkung dieses Rechts durch Bedingungen u. s. w. als gar nicht vorhanden anzusehen sey[84]). Um so mehr wird man daher Bedenken tragen müssen, eine so tief eingreifende Rechtsänderung blos auf den Grund einiger zweideutigen Aeusserungen anzunehmen[84 a]).

---

§. 1423.

II) Das Notherbenrecht nach Nov. 115 *). — Einleitung und allgemeine Inhaltsangaben der Novelle.

Justinians neueste und wichtigste Aenderungen im

84) Francke Notherbenrecht §. 26. S. 348 a. E. fg. Vgl. Bd. XXXV. des Comment. §. 1421. d. S. 330 — 333.

84a) Noch entlehnt Francke (a. a. O. S. 362 — 365) für seine Ansicht einige Gründe aus einem von ihm angenommenen Zusammenhange der L. 30. Cod. *cit.* mit dem Recht der Nov. 115, welche aber erst unten §. 1425. b.) berücksichtigt werden können.

*) S. hierüber Bluntschli Entwickelung der Erbfolge gegen den letzten Willen. Viertes Buch S. 205 — 310.

Notherbenrecht sind in der Nov. 115. (aus dem J. 541.)[85]) und zwar in den Capiteln 3 — 5 enthalten[86]). Es schließt sich dies neue Recht zunächst an das Recht der Inofficiositätsquerel an, insofern der Kaiser anordnet, daß die Ausschließung pflichttheilsberechtigter Descendenten und Ascendenten fortan nicht anders soll geschehen können, als unter Anführung eines der in dem

Francke das Recht der Notherben. Viertes Kapitel S. 350 — 421.

85) Nach WIELING jurisprud. restit. P. II. p. 170. Nach Scrimger und Jul. Pithoeus ist sie aus dem Jahre 542. S. Biener Gesch. der Novellen S. 522.

86) Von dem cap. 5. gehört nur das Principium hieher. Alle sonstigen Verordnungen der Novelle stehen mit unserem Gegenstande in gar keinem Zusammenhange. S. Bluntschli a. a. O. S 209 — 211. — In der epitome Juliani ist es constit. 107. (cap. 2. 3.); nach der Ausg. von *Ant.* AUGUSTINUS (welcher bekanntlich auch die von Julian nicht epitomirten Novellen mitzählt, und sogar bisweilen den Text der Vulgata einschaltet — s. Haubold Beitr. zur Litterar-Geschichte des Novellen-Auszugs von Julian, in der Zeitschr. für geschichtl. Rechtsw. Bd. IV. S. 170.) ist es die 115te und steht in den operib. ed. Luc. Vol. II. p. 345 sqq. — In den Basiliken findet sich der Inhalt der Nov. 115. an verschiedenen Stellen unter den passenden Rubriken; die cap. 3. u. 4. Lib. XXXV. Tit. VIII. (*de liberis et postumis*), bei FABROTUS T. IV. p. 783 sq.; jedoch nur in einem sehr kurzen Auszuge aus der Synopsis compilirt, da das fünf und dreißigste Buch der Basiliken verloren gegangen ist. Vgl. auch *Car.* LABBAEUS observat. et emendat. in Synops. Basilic. p. 101. Das Pr. des cap. 5. ist Lib. XLI. Tit. V. (de immensis donationibus collatis in liberos) Fr. II. (bei *Fabrot* T. V. p. 491.) excerpirt.

Gesetz namentlich bestimmten und, von dem eingesetzten Erben zu erweisenden Ausschließungsgründe. Dieser Zusammenhang macht es nöthig, daß gerade an dieser Stelle das bisherige Recht hierüber vollständiger entwickelt werde, als früher geschehen ist [87].

Die Anführung einer Ausschließungsursache gehörte nie zum förmlichen Notherbenrechte, wohl aber bewirkte der Mangel derselben, daß das Testament durch die querela inofficiosi testamenti angefochten werden konnte. Dies also war ein gemeinschaftliches Recht aller Pflichttheilsberechtigten. Die Gründe selbst waren nicht bestimmt, sondern darüber, ob die Ausschließung verdient sey, oder nicht, blieb die Entscheidung in den einzelnen Fällen dem richterlichen Ermessen überlassen [88]. So wie es indessen gar nicht ungewöhnlich war, auch diejenigen zu enterben, welche doch keine förmliche Notherbenrechte hatten, damit über die Absicht, sie ausschließen zu wollen, kein Zweifel übrig bleibe [89], eben so pflegte man auch eine Ausschließungsursache (elogium) im Testamente anzuführen, um sich über sein Verfahren zu rechtfertigen [90]. Dies veranlaßte

87) S. Bd. XXXV. §. 1421. e. S. 342.

88) S. z. B. Plinii epist. Lib. V. ep. 1. L. 3. et 5. D. *de inoff. test.* — *Sibr. Tet.* Siccama de jud. centumvirali Lib. II. c. VI. VII. und daselbst Zepernick in den Noten. — Vgl. Bd. VII. des Commentars S. 205. a. E. fg. und Bd. XXXV. S. 338.

89) *Cicero* pro Cluentio cap. 59. Plinii epist. V. 1. — L. 9. §. 1. 2. Cod. *de suis et legit. hered.* VI. 55. (Th. Cod. L. 4. §. 2. 3. *de legit. heredit.* V. 1.).

90) Cicero pro Cluent. cap. 48. Quinctilian, inst. orat. Lib. VII. c. 4. und Id. declam. II. in med L. 14. in f. D. *h. t.* (s. Bd. XXXVI. S. 306. not. 63.). L. 1. §. 9.

denn häufig einen Streit, nicht blos über die Wahrheit des angeführten Grundes, sondern auch darüber, ob er hinreichend sey, um dem Notherben sein gesetzliches Recht zu entziehen. Wie in anderen Fällen, erwirkte man auch hierüber kaiserliche Rescripte, in denen eine Ursache bald als hinreichend zur Ausschließung anerkannt, bald verworfen wurde [91]. Auch erklärte man wohl im Allgemeinen den Notherben für undankbar und lieblos (ingratus), und dieser Ausdruck wird in unseren Rechtsquellen, besonders in den Constitutionen, gewöhnlich gebraucht, um die individuelle Unwürdigkeit der ausgeschlossenen Notherben zu bezeichnen [92]. Doch nöthig hatte ein Testirer vor Einführung der Nov. 115. es nicht, weder eine besondere Ausschließungsursache beizufügen, noch auch nur

D. *de Carb. ed.* (XXXVII. 10.). — L. 4. §. 2. Th. Cod. *de legit. hered.* V. 1. (Vgl. L. 9. §. 1. Justin. Cod. de suis et legit.) u. a. — Ich habe hier übrigens nur solche Stellen angeführt, worin das Wort Elogium für Ausschließungsgrund genommen wird. Die zunächst hieher gehörige allgemeinere Bedeutung dieses Worts wird sehr gut erklärt von Forcellini totius latinitatis Lexicon. h. v. („brevis expositio, dictum, sententia in laudem cujuspiam, vel vituperationem"). In den späteren, besonders Justinianischen Constitutionen steht dieser Ausdruck auch geradezu für die letztwillige Verfügung selbst. S. Brissonius de V. S. *h. v.* §. 5. (wo es übrigens L. 23. u. 28. Cod. *de test.* (VI. 23.) statt: *de test. milit.* heissen muß.)

91) Vgl. L. 11. 18. 19. 20. 23. 28. 33. §. 1. Cod. *de inoff. test.* — Bd. VII. des Comment. S. 266.

92) Z. B. L. 28. L. 30. pr. L. 33. §. 1. L. 34. Cod. *de inoff. test.* L. 5. C. *de inoff. donat.* L. 10. C. *de sec. nupt.* (V. 9.). — Nov. 22. c. 46. §. 3. 4. c. 47. pr.

den ausgeschlossenen Notherben für einen ingratus zu erklären [93]). Blos zur Ausschließung der Ergänzungsklage erfordert Justinian diese allgemeine Unwürdigkeitserklärung [94]), wovon aber um so weniger ein Schluß auf die Querel gilt, als es doch immer einigem Zweifel unterliegen kann, ob denn der Testirer den Notherben, welchem er einen Theil seines Vermögens zuwendet, für ganz unwürdig hielt, und überhaupt Justinian die Er-

93) Dies wird dennoch von Manchen behauptet, z. B. von *Ev.* Otto ad instit. §. 5. *de exhered. lib.* nr. 3., Franz Schömann Handb. d. Civilrechts Bd. I. S. 144—148., welchem buchstäblich folgte Glück im VII. Bande des Comment. S. 396 fgg., die letzteren aus allgemeinen Argumenten, die aber Francke (Notherbenrecht S. 290.) sehr gut widerlegt. Otto dagegen beruft sich mit mehr Schein auf die L. 10. Cod. *de sec. nupt.* (von Justinian aus d. J. 529), worin es allerdings heißt: „Quum apertissime legibus caveatur, ingratos liberos a majorum suorum hereditate merito esse repellendos, *si hoc idem in suis elogiis conscripserint et revera hoc fuerit revelatum*"; und auch die Glosse scheint der Meinung zu seyn, daß die Nothwendigkeit, eine Enterbungsursache anzuführen, damals schon festgestanden habe, indem sie bei den Worten: „quum — legibus caveatur" unter andern die L. 30. C. *de inoff. test.* anführt. Allein da man von Gesetzen, welche dies eingeführt hätten, nicht das Geringste weiß, so darf man die Worte: „si hoc idem — — conscripserint" auch nicht von einem nothwendigen Erforderniß verstehen, sondern man muß sie mit dem Folgenden in Verbindung setzen, so daß der Kaiser nur sagt: vorausgesetzt, daß die im Testamente angeführte Enterbungsursache erwiesen wird.

94) L. 30. pr. Cod. *de inoff. test.* (S. oben S. 105. nr. 1.)

gänzungsklage sichtlich begünstigt[95]). Auch würden ja, wenn man das Gegentheil annimmt, bloße Pflichttheils-berechtigte schon vor der Nov. 115. ein förmliches Noth-erbenrecht gehabt haben, wovon sich doch sonst in unseren Quellen keine Spur findet.

Eben so wenig war vor der Nov. 115. der einge-setzte Erbe unbedingt verpflichtet, die Unwürdigkeit des Notherben darzuthun, obwohl es in der Natur der Sache liegt, daß ihn hier in den meisten Fällen die Beweislast hauptsächlich treffen mußte. — Doch ist dies sehr streitig, weshalb es nöthig seyn wird, die hier aufgestellte Ansicht etwas näher zu begründen.

Wenn man mit Weber nur sagen dürfte: der Klä-ger hat ein erworbenes Recht von der Erbschaft nicht ausgeschlossen zu werden, die Ausnahme liegt ihm also nicht zu beweisen ob[96]), so wäre die Sache freilich bald entschieden. Allein dies ist nicht der Gesichtspunkt, den man für das Recht der querela inoff. test. annehmen darf. Der Kläger gründet seine Klagen darin, daß er durch die Ausschließung lieblos vom Testirer behandelt sey; dies liegt ihm daher auch zu beweisen ob, so wie eine jede Prozeßpartei, welche ihre Klage oder Einrede auf eine widerrechtliche Handlungsweise des Gegners stützt, dies Unrecht zu erweisen hat[97]). Damit stimmt denn

95) Francke a. a. O. S. 290.

96) A. D. Weber über die Verbindlichkeit zur Beweisfüh-rung im Civilprozeß Abschn. VI. §. 26. — Weber spricht hier freilich nur von dem Recht der Nov. 115; allein seine Prämisse ist so allgemein, daß er auch, abgesehen von der Bestimmung dieses Gesetzes, so entscheiden müßte.

97) L. 18. §. 1. D. *de probat.* (XXII. 3.). „Qui dolo dicit factum aliquid, docere dolum admissum debet."

auch das römische Recht völlig überein. So sagt Marcellus im dritten Buche seiner Digesten: „Inofficiosum testamentum dicere, *hoc est allegare*, *quare exheredari vel praeteriri non debuerit*“ 98), und weiterhin: „Hujus autem verbi *de inofficioso* vis illa, ut dixi, est: *docere immerentem se et ideo et indigne praeteritum, vel etiam exheredatione summotum*“ 99). Zwar meint Francke: Marcellus habe hier nur die Natur der Klage als einer Beschwerde über lieblose Ausschließung in einem formell giltigen Testamente beschreiben wollen und schwerlich daran gedacht, dadurch über die Beweislast zu entscheiden 100). Allein der Ausdruck *docere*, wodurch Marcellus seine allgemeine Bestimmung in der vorausgehenden Stelle erläutert, heißt ja nicht etwas anführen, sondern mit Gründen darthun und wird gerade beim gerichtlichen Beweise sehr entschieden und bestimmt für Beweisführung gebraucht 1). Auch wird in einer Constitution des K. Constantin ausdrücklich gesagt, daß dem Rechte gemäß den Kindern, welche die querela inoff. test. anstellen, die Beweislast obliege 2). Indessen glaubt Francke,

98) L. 3. D. *de inoff. test.*

99) L. 5. D. *de inoff. test.*

100) Francke Notherbenrecht S. 294.

1) S. z. B. L. 23. §. 11. D. *ad Leg. Aquil.* (IX. 2.) L. 1. §. 44. D. *de aqua quot. et aestiva* (XLIII. 20.). L. 2. §. 1. D. *de doli mali et met. exc.* (XLIV. 4.). L. 9. Cod. *de rei vind.* (III. 32.) u. a. — Brissonius de V. S. *voce* docere §. 2.

2) L. 2. Th. Cod. *de inoff. test.* II. 19. (L. 28. Inst. Cod. *eod.*). — Von dieser Constitution wird weiter unten mit mehrerem gehandelt werden (S. 128 fg.).

daß schon aus allgemeinen Gründen das Gegentheil angenommen werden müsse. Denn angenommen, das röm. Recht habe den Beweis der unverdienten Enterbung vom Kläger verlangt: „Was hätte dieser darthun sollen? Sollte er den absolut unmöglichen Beweis führen, daß er einer solchen Handlung, welche zur Ausschließung berechtigen könnte, sich niemals schuldig gemacht habe? Diesen Beweis verlangen, hieße eben so viel, als dem Kläger sein Klagrecht wieder nehmen. Oder will man sich, wie manche Juristen wollten, mit einer Bescheinigung begnügen, daß der Kläger sich im Allgemeinen gut gegen den Erblasser benahm? Dieses wäre nichts als eine Aushülfe, eine unausführbare Idee zu retten; da dadurch doch der Beweis der unverdienten Enterbung keineswegs geführt seyn würde. Denn dazu müßte dargethan seyn, daß nie eine Handlung vorgekommen, welche den Testirer zur Enterbung berechtigte" u. s. w.[3]). — Könnte man diese Argumente gelten lassen, so würde z. B. auch nie von einem Beweis die Rede seyn können, daß man frei sey von Fahrlässigkeit, — daß man Alles gethan, um einen Schaden abzuwenden —, ein Beweis, der doch so oft verlangt wird[4]). Allerdings darf von

3) Francke Notherbenrecht S. 293. — Auf ähnliche Art äussert sich hierüber *Mich. Henr.* Gribner: utrum fratres, instituta querela inofficiosi testamenti, probare teneantur, se non fuisse ingratos §. VII. (in opusc. jur. privati p. 30. 31.).

4) M. s. L. 11. D. *de per. et commodo rei vend.* (XVIII. 6.). L. 9. §. 4. D. *loc.* (XIX. 2.). L. 11. D. *de probat.* (XXII. 3.). L. 5. Cod. *de pign. act.* (IV. 24.) — L. 22. in f. *mandati* (XVII. 1.). L. 23 — 25. *eod.* — Vgl. Weber über die Verbindlichkeit zur Beweisführung im

dem Kläger, welcher wegen liebloser Ausschließung klagt, der Beweis nicht gefordert werden, daß er sich nie einer Handlung gegen den Erblasser schuldig gemacht, welche diesen zur Enterbung oder Uebergehung berechtigen könnte; denn das wäre etwas durchaus Unmögliches, und würde einer Vernichtung des Klagrechts gleich stehen. Aber warum will man gerade hier Alles auf die Spitze stellen, da in so sehr vielen, wenn nicht in den meisten Fällen, wo die Klage auf dolus oder culpa des Gegners gegründet wird, der Richter sich mit dem Resultate begnügen muß, daß nach Lage der Sache die Handlungsweise des Beklagten nicht gerechtfertigt erscheint, und nur besondere Gründe, deren Beweis ihm natürlich allemal obliegt, ihn entschuldigen können [5]. Daß nun überhaupt der Beweis einer lieblosen Gesinnung des Erblassers gegen seine Notherben sehr wohl möglich ist, wurde schon bei anderen Gelegenheiten gezeigt [6]; er ist aber auch dann schon für geführt zu achten, wenn nach den vorliegenden Umständen die Würdigkeit des Klägers, oder das zwischen ihm und dem Testirer statt gefundene gute Vernehmen so lange angenommen werden muß, bis das Gegentheil dargethan wird. Die besonderen Gründe, welche den

Civilprozeß Abschn. VI. §. 20 — 25. Mein Entwurf des Civilprozesses S. 159.

5) Arg. L. 36. in f. D. *de pecul.* (XV. 1.). L. 7. pr. D. *de adm. et peric. tut.* (XXVI. 7.). L. 199. D. *de reg. jur.* (S. Bd. XXXVI. d. Comment. S. 77. not. 68.). — Vgl. L. 23 — 25. D. *mandati.* (Weber a. a. O. §. 23. not. 90.). S. auch Heffter in den Zusätzen zu Weber's eben angeführter Schrift S. 275. nr. 1.

6) S. Bd. XXXV. des Comment. §. 1421. e. S. 383. Bd. XXXVI. §. 1421. g. S. 77 — 94.

noch die Handlungsweise des Testirers zu rechtfertigen vermögen, sind stets vom Beklagten anzuführen und zu erweisen. Und hier zeigt sich denn die Wahrheit der obigen Bemerkung, daß nach der Natur der Sache die Beweislast den Beklagten in den meisten Fällen hauptsächlich treffen werde. Denn eine äussere Gestaltung der Verhältnisse, wonach das Benehmen des Testirers nicht wohl gerechtfertigt werden zu können scheint, wird sich häufig auch ohne allen Beweis ergeben, das Nichtvorhandenseyn besonderer Rechtfertigungsgründe dagegen braucht nie vom Kläger erwiesen zu werden. Es ist hiernach auch die von einigen Juristen angenommene Meinung, daß man zu unterscheiden habe: ob eine Ausschließungsursache im Testament angeführt sey oder nicht, und daß im ersten Falle schon vor der Novelle 115. dem Testamentserben der Beweis obgelegen habe [7]), nicht so ganz verwerflich. Nur ist sie nicht genau ausgedrückt. Denn die Ordnung der Beweislast wird dadurch an sich nicht geändert. Immer trifft die Beweislast zu allernächst den Kläger, wenn gleich der Beklagte, um die Klage zu entfernen, sich meistens genöthigt sehen wird, den Beweis eines Rechtfertigungsgrundes zu übernehmen. Ist daher ein besonderer Ausschließungsgrund im Testament angegeben, so erhält hierdurch der Beweis gleich von vorne herein eine bestimmte Richtung, und es wird alsdann schwerlich noch von dem allgemeinen Beweise des guten Betragens die Rede seyn, obgleich der Beklagte diesen strenge genommen immer verlangen kann.

Diese Ansicht ist denn auch im Wesentlichen in den

7) S. Glück Bd. VII. des Comment. §. 551. S. 265. und die daselbst angeführte Dissertation von Hofacker; auch ebendas. S. 319. 320.

Constitutionen enthalten. — Denn die Novelle Majorians[8]), ferner die L. 22. L. 30. pr. L. 34. Cod. *de inoff. test.*, so wie die L. 10. Cod. *de sec. nupt.* (V. 9.) und die Nov. 92. Kap. 1. §. 1., worauf Francke sich für das Gegentheil beruft[9]), bestimmen nur, daß der Beklagte die causas ingratitudinis zu erweisen habe; von der Ordnung der Beweislast aber, und davon, daß der Kläger von dem nach den oben angeführten Stellen ihm entschieden obliegenden Beweis: se immerentem esse exheredatum befreit seyn solle, ist darin mit keiner Sylbe die Rede. Doch mag immerhin die vorhin entwickelte Ansicht über das Verhältniß der Parteien in Ansehung der Beweislast auf den Ausdruck der Constitutionen mit eingewirkt haben.

Ganz besonders kommt hier aber noch eine Constitution des K. Constantin aus dem Jahre 321 in Betracht. Es ist die L. 2. Th. Cod. *de inofficioso testamento* (II. 19.), welche mit manchen Veränderungen als L. 28. *eod.* in den Justinianischen Coder aufgenommen ist[10]). In dem ersten lautet sie wie folgt: „Licet legum auctoritas, filiorum potius, quam matrum personis voluit laborem incumbere, ut de inofficioso agentes intra praefinita tempora doceant, nullo suo vitio factum, nec offensionem se parentibus praestitisse, sed jugiter obsecutus, ut naturae ipsius religio flagitabat, disciplinam illaesam inoffen-

8) De sanctimonialib. et viduis, et de successionib. earum §. 8. (Jus civile antejustin. ed. Berolinens. T. II. p. 1381.).

9) a. a. O. S. 295 fg.

10) Die wichtigsten Abweichungen sollen in den folgenden Noten angegeben werden.

samque servasse; ut his probatis removeri parentum valeant testamenta: tamen si mater[11]) contra filii testamentum inofficiosi actionem instituat, inquiri diligenter jubemus, utrum filius nulla justa causa laesus matrem novissima laeserit voluntate, nec luctuosam[12]) ei, nec legitimam reliquerit portionem, ut testamento remoto matri successio deferatur, si tamen defuncto consanguinei agnati non sint superstites[13]): an mater inhonestis factis atque indecentibus votis filium forte obsedit, insidiisque eum, vel clandestinis vel manifestis, appetiit, vel inimicis ejus suas amicitias copulavit, atque in aliis sic versata est, ut inimica potius, quam mater cre-

11) Diese ganze Stelle ist in folgender Art im Justin. Codex geändert: „Liberi de inofficioso querelam contra testamentum parentum moventes *probationem debent praestare, quod obsequium debitum jugiter, prout ipsius naturae religio flagitabat, parentibus adhibuerint, nisi scripti heredes ostendere maluerint, ingratos liberos contra parentes exstitisse. Sin autem mater*" u. s. w.

12) Luctuosa hereditas wird in den neueren Constitutionen bekanntlich die durch den Todesfall von Kindern der Eltern angefallene Erbschaft genannt. C. Witte de luctuosis hereditatib. disp. Vratislav. 1824. 4.

13) Cod. Justin. — — „ut testamento rescisso matri successio deferatur. Si tamen mater inhonestis factis" u. s. w. Die Worte: „si tamen defuncto consanguinei agnati non sint superstites" fehlen hier, weil sie sich auf den durch Justinian aufgehobenen Vorzug der agnatischen Brüder vor der Mutter bezogen. §. 3. 4. Inst. *de Scto Tertull.* L. 7. Cod. *ad Sct. Tertull.* (VI. 56.) L. 2. Cod. *de jure liberor.* (VIII. 59.) — Glück Intestaterbfolge §. 112. S. 411. (d. 2ten Aufl.)

deretur: ut hoc probato, invita etiam acquiescat filii voluntati."

Die älteren Interpreten pflegen den wesentlichen Inhalt dieser Verordnung (welche sie freilich nur aus dem justinianischen Codex kennen) so auszudrücken: Liberi exheredati praesumuntur ingrati, nisi probent se gratos, parentes exheredati praesumuntur grati, nisi probentur ingrati[14]). Auf gleiche Art will auch Francke das Gesetz verstanden wissen, indem er einräumt, daß es mit seiner Ansicht im Widerspruch stehe, übrigens der Meinung ist, daß „diese merkwürdige Unterscheidung" zwischen Kindern und Eltern später wieder verschwunden sey[15]). Auffallend würde es nun eben nicht seyn, wenn gerade in dieser Hinsicht ein solcher Unterschied aufgestellt wäre, da ihn die Natur der Verhältnisse gewissermaßen an die Hand giebt. Denn daß Eltern ihre Ausschließung durch ein schlechtes und liebloses Betragen (von Undank kann hier ohnehin kaum die Rede seyn) veranlaßt haben sollten, läßt sich doch gewiß viel weniger annehmen, als im umgekehrten Falle. In der That aber unterscheidet Constantin's Gesetz hier nicht also, im Gegentheil spricht es wesentliche Gleichheit für Beide aus. Der Kaiser sagt nämlich: obgleich das ältere Recht nur der Kinder gedenkt, wenn von der Verpflichtung eines Querulanten die Rede ist, sein gutes und pflichtmäßiges Betragen nachzuweisen, so soll doch auch eine

14) S. Bartoli comment. in h. l. Cod. und Bartoli Summa in eund. loc.

15) Notherbenrecht S. 295. — Hiernach muß denn Francke auch annehmen, daß der Kaiser in Ansehung der ausgeschlossenen Kinder einen unmöglichen Beweis verlangt habe; S. 293 der gedachten Schrift.

Mutter sich beim Testamente ihres Sohnes, worin sie übergangen ist, beruhigen müssen, wenn sich zeigt, daß sie diese Ausschließung durch ihr Betragen verdient habe. Die Erwähnung der Mutter ist hier zufällig und nur durch das Factum veranlaßt, auch dessen Vortrag der Kaiser zu seinem Gesetze bestimmt wurde: eine Mutter, welche im Testamente des Sohnes übergangen war, glaubte, daß dies ihr ohne Weiteres Grund zu einer Beschwerde gebe. Es kam hierüber zu Verhandlungen bei dem Präses von Dazien, welcher deshalb bei dem Kaiser anfragte, da in den Schriften der Juristen[16] und in den kaiserlichen Constitutionen der Beweis, se immerentem esse exheredatum, immer nur von Söhnen erfordert werde. Dies war hier gewiß etwas sehr gleichgiltiges und lediglich daraus zu erklären, daß es bisher noch gar kein allgemeines Gesetz über diesen Gegenstand gab, sondern nur Rescripte und Aeußerungen römischer Juristen, welche bekanntlich ihre Erörterungen nicht sowohl in abstracten Lehrsätzen, als vielmehr mit steter Beziehung auf solche Fälle, wie sie das Leben am häufigsten gab, vorzutragen pflegten. Der Kaiser nun erließ hierüber eine Constitution, deren hauptsächlicher Inhalt ist, daß nicht blos Kinder, sondern auch Eltern aus gerechten Gründen von der Erbschaft ausgeschlossen werden können[17].

Das Mißverstehen der Constitution ist wohl zunächst

16) S. die oben (not. 98. 99.) angeführten Stellen von Marcellus.

17) Diese Erklärung findet sich schon bei *Jac.* GOTHOFREDUS comment. ad L. 2. Cod. Theod. *de inoff. test.* — — „haeredes scripti contendebant — — matrem probare debere, nullas justas fuisse causas filio, — *vel saltem in id inquiri oportere.* Mater contra re-

dadurch veranlaßt, daß zuerst von einer Beweislast der Kinder gesprochen, sodann aber dem Richter zur Pflicht gemacht wird, daß er, wenn Eltern übergangen seyen, das Daseyn gerechter Ausschließungsgründe zu ermitteln suche. Indessen auf diesen Unterschied kommt hier eigentlich ganz und gar nichts an. Das römische Beweisverfahren war von dem heutigen, gemeinrechtlichen sehr verschieden. Zwar mußte auch dort die beweispflichtige Partei die ihr zu Gebote stehenden Beweismittel anzeigen und beibringen. Allein nicht nur machte der Richter davon viel freieren Gebrauch, wie heut zu Tage, sondern er suchte auch selbstständig, soweit dies ohne Eingriffe in die Privatrechte der Parteien geschehen konnte, die Wahrheit zu erforschen [18]). Daher wird auch der Ausdruck: inquiritur veritas, oder judex s. Praetor inquirit u. a. in Beziehung auf das bürgerliche Prozeßverfahren gebraucht [19]), und in unserem Falle mochte es dem Kaiser überdies schicklicher dünken, die Ermittelung der Wahrheit zum offiziellen Verfahren zu verstellen, als von einer

moto testamento velut inofficioso simpliciter successionem sibi deferri postulabat: *non aliud enim hic inquiri oportere seu spectandum, quam quod filius legitimam portionem sibi non reliquisset.* — — — — Hac de re Praeses Daciae ad Imp. referendum credidit: ad eam vero relationem emissum est hoc imperatoris rescriptum, quo statuitur: etsi legibus hoc cautum non reperiatur, attamen idem quoque videtur inquirendum in matre, num justas filius causas habuerit? *Et sic in summa adaequatur mater filio.* Male enim Bartolus aliique summam ita conficiunt: liberos exheredatos praesumi ingratos" u. s. w.

18) S. Gellii noct att. Lib. XIV. c. 2.

19) S. Brissonius de V. S. v. *inquirere.*

Beweispflichtigkeit der Mutter: nullo suo vitio factum, nec offensionem se filio praestitisse u. s. w. zu sprechen. Im justinianischen Codex ist nun zwar der ursprüngliche Zusammenhang sehr verwischt und hauptsächlich nur der eben berührte Punct hervorgehoben. Darum aber ist der Sinn des Gesetzes im wesentlichen derselbe geblieben, d. h. es ist darin auch jetzt nicht von einer Verschiedenheit der Beweislast, sondern lediglich von einer Verschiedenheit des Beweisverfahrens die Rede, und Justinian läßt nun den K. Constantin so sprechen: wenn Kinder gegen das Testament ihrer Eltern die querela inoff. test. anstellen, so sollen sie darthun müssen, daß sie stets den schuldigen Gehorsam dem Erblasser bewiesen haben, wonächst sodann dem eingesetzten Erben der Beweis nachgelassen ist, daß sie dennoch sich undankbar und pflichtwidrig gegen den Testirer betragen haben. Klagen Eltern, so soll der Richter ex officio zu erforschen bemüht seyn, ob das Kind zur Ausschließung derselben gegründete Ursachen hatte, oder nicht. — Immer war mithin vor der Novelle 115. nicht bestimmt, daß der eingesetzte Erbe weichen müsse, wenn er nicht nachweisen könne, daß der Notherbe aus einem gerechten Grunde ausgeschlossen sey [20].

20) Die meisten Juristen mischen hier gleich das Recht der Nov. 115. ein, wonach denn freilich die Frage: wem in Ansehung des Enterbungsgrundes die Beweislast obliege? nicht streitig seyn kann. Für Geschwister galt aber noch das alte Recht (vgl. unten §. 1425. d.); auf diese beschränkte man denn auch wohl die Frage (z. B. *Mich. Henr.* Gribner in der oben — Note 3. — angeführten Abhandlung und *C. C.* Hofacker principia jur. civil. Rom. Germ. T. II. §. 1694 in f., welche übrigens beide den Beweis dem eingesetzten Erben auflegen). Daß nun abgesehen

Justinian's Absicht nun bei seinem neuen Gesetze gieng

von dem Recht der Novelle die von mir im Texte ausgeführte Meinung die gewöhnliche sey, bezeugt selbst Gribner l. l. §. V. (opusc. jur. priv. p. 29.) Und dafür dürfte sie auch wohl noch gegenwärtig gelten. M. s. z. B. Höpfner und Weber im Institutionen-Commentar, §. 533. not. 2. Schweppe das röm. Privatrecht in seiner Anwendung auf teutsche Gerichte. Dritte Ausg. §. 964. nr. 2. Mackeldey Lehrbuch des heut. röm. Rechts. Neunte Ausg. §. 663. nr. 2. v. Wening-Ingenheim Lehrb. des gemeinen Civilrechts Buch V. §. 148. Meine doctrina Pand. Vol. III. §. 772. (ed. 3.) A. C. H. v. Hartitzsch das Erbr. nach heut. und röm. Rechte (Leipz. 1827.) §. 130. L. J. M. Valett Notherbenrecht §. 62. *L. A.* Warnkoenig comment. jur. Rom. priv. T. III. §. 1105. p. 396. (welcher übrigens die Beweispflichtigkeit ausgeschlossener Kinder nur aus L. 28. Cod. *de inoff. test.* herleitet, bei der Bemerkung aber, daß auch nach neuerem Recht Geschwister diesen Beweis noch führen müßten, sich auf L. 3. und 5. D. *de inoff. test.* bezieht, als ob diese Stellen nicht auch für Descendenten gälten, von denen sie doch zunächst nur sprechen). — Thibaut (Syst. des Pandektenrechts Bd. II. §. 818. nr. 2. gründet auf L. 28. cit. die Theorie, daß der Querulant, wenn er ein Kind ist, seine bisherige gute Aufführung, sonst aber der Beklagte beweisen müsse, daß jener die Ausschließung verdient habe. — G. Hufeland (Lehrb. des Civilrechts Bd. II. §. 1893.) gründet seine Meinung, daß der Beklagte die Wahrheit der Enterbungsursache zu beweisen habe auf L. 34. C. *de inoff. test.* indem er die L. 28. *eod.* für veraltet erklärt. Die L. 34. cit. kann ihr aber doch nach bekannten Grundsätzen über das Verhältniß einander widerstreitender Stellen im justin. Codex nicht derogiren (const. *Cordi nobis* §. 3.); daß diese Stellen aber einander überall nicht widerstreiten, wurde oben gezeigt.

dahin: es sollten der Willkühr der Testirenden, und zugleich der Richterwillkühr Schranken gesetzt werden, um auf diese Weise so viel, als möglich, die Descendenten und Ascendenten gegen ungerechte Ausschließung zu sichern [21]. Darum sollte fortan kein Testirer seine Descendenten oder

Uebrigens ist die Hufelandsche Ansicht, so wie er sie ausdrückt, allerdings als wahr zuzugeben (S. oben S. 126 fg.) — Von Hofacker's und Glück's Mittelmeinung war oben (S. 127.) schon die Rede. Merkwürdig ist die dieser ganz entgegengesetzte Meinung Donell's, die derselbe auf L. 28. Cod. *de inoff. test.* gründet: wenn ein Enterbungsgrund im Testament ausgedrückt worden sey, so habe der eingesetzte Erbe die Wahrheit derselben nicht zu erweisen nöthig gehabt, „sed parentis professio fidem adversus liberos faciebat"; den Kindern sey aber der Beweis eines pflichtmäßigen Betragens nachgelassen. (Comment. jur. civil. Lib. VI. §. 17. der Ausg. von Koenig). Diese seltsame Meinung findet so wenig in der L. 28. Cod. cit., als sonst irgendwo in unseren Quellen ihre Bestätigung. An einer andern Stelle des Commentars (Bd. VII. §. 555. S. 400 fgg.) hat Glück die Lehre von der Beweispflichtigkeit bei der Querel erörtert, jedoch lediglich nach dem Rechte der Novelle; wobei er denn ausführlich von der Frage handelt, was hier den Geschwistern zu beweisen obliege, und ob die Nov. 115. auch auf Geschwister auszudehnen sey. Hievon wird in diesen Nachträgen unten §. 1425. d.) die Rede seyn.

21) Ueber diese Tendenz seines Gesetzes erklärt Justinian selbst sich dahin (in dem Eingange zum fünften Kapitel): „Haec autem disposuimus, ut et parentes et filios a testamentorum injuria liberos reddamus. — Sola enim est nostrae serenitatis intentio, a parentibus et liberis injuriam praeteritionis et exheredationis auferre" (*Vulg*).

Ascendenten ausschließen dürfen (sey es durch Uebergehung oder durch Enterbung), selbst nicht mit Zuwendung des Pflichttheils, ohne daß ein bestimmter Ausschließungsgrund im Testamente angeführt und vom eingesetzten Erben erwiesen werde. Und da diese Gründe im bisherigen Recht weder deutlich noch sonst auf genügende Weise bestimmt seyen [22]), so solle diesem Mangel durch gegenwärtiges Gesetz abgeholfen werden und keinem gestattet seyn, durch andere als die hier genannten Gründe die Ausschließung zu rechtfertigen. Sey dies nun geschehen und dem Testamentserben gelinge der Beweis, so bleibe das Testament in seiner vollen Geltung [23]). Im entgegengesetzten Falle solle die Ausschließung den Notherben unschädlich und für dieselben die Intestaterbfolge

22) Nov. 115. cap. 3. pr. — — „Sed quia causas, ex quibus ingrati liberi debeant judicari, in diversis legibus dispersas et non aperte declaratas invenimus (quarum aliquae nec dignae nobis ad ingratitudinem visae sunt, aliquae vero, cum essent dignae, praetermissae sunt), ideo necessarium esse perspeximus, eas nominatim praesenti lege comprehendere" u. s. w. (*Vulg.*) Vgl. in Ansehung der Ascendenten die Bestimmung des cap. 4. pr. Von den wirklichen oder von Manchen angenommenen Verschiedenheiten für Descendenten und Ascendenten wird §. 1425 u. §. 1425. b. die Rede seyn.

23) Nov. 115. c. 3. §. 14. — — — — „Sive igitur omnes memoratas ingratitudinis causas, sive certas ex his, sive unam quamlibet parentes in testamento suo inseruerint, et scripti heredes nominatam vel nominatas causas; vel unam ex his veram esse monstraverint, testamentum suam habere firmitatem decernimus," (*Vulg.*) Wesentlich übereinstimmend ist cap. 4. §. 8. in f.

eröffnet, mithin das Testament zerstört seyn, jedoch nur in Ansehung der Erbeseinsetzung, indem Vermächtnisse, Freiheitsertheilungen, Vormundschaftsanordnungen, und was sich sonst in dem Testamente außer der Erbeseinsetzung finde, bei Kraft und Wirkung bleiben[24]. Werde aber der Notherbe eingesetzt, sey es auch nur auf eine bestimmte Sache, so gelte das Testament seinem ganzen Inhalte nach und finde nur das Ergänzungsrecht in dem Maaße statt, wie es durch andere Gesetze bestimmt sey[25];

24) Nov. 115. c. 3. §. 14. — — — „Si autem haec observata non fuerint, nullum exheredatis liberis praejudicium generari, sed quantum ad institutionem heredum pertinet, testamento evacuato (τῆς διαθήκης ἀκυρουμένης) ad parentum hereditatem liberos *tanquam ab intestato* ex aequa parte pervenire, *ne liberi falsis accusationibus condemnentur, vel aliquam circumscriptionem in parentum substantiis patiantur.* Si vero contigerit in quibusdam talibus testamentis quaedam legata vel fideicommissa, aut libertates, aut tutorum dationes relinqui, vel quaelibet alia capitula concessa legibus nominari: ea omnia jubemus adimpleri, et dari illis, quibus fuerint derelicta, et tamquam in hoc non rescissum obtineat testamentum.“ (*Vulg.*) — Wegen der Eltern findet sich eine entsprechende Anordnung cap. 4. §. 8., an dessen Schluß noch hinzugefügt ist, daß außer dem Verluste des Erbrechts der rechtmäßig ausgeschlossenen Notherben auch noch mit einer öffentlichen Strafe belegt werden sollen, wenn die Handlung, wodurch sie die Ausschließung verdient haben, ein Verbrechen sey.

25) Nov. 115. cap. 5. pr. — — „Caeterum si qui heredes fuerint nominati, etiamsi certis rebus jussi fuerint esse contenti, hoc casu testamentum quidem nullatenus solvi praecipimus, quicquid autem minus eis

denn das Gesetz beabsichtige blos, ungerechte Ausschließungen der Descendenten und Ascendenten zu verhüten (s. Note 21). Und um die Billigkeit und Nützlichkeit seines Gesetzes zugleich durch ein Beispiel darzuthun, erwähnt der Kaiser einer gewissen Pulcheria, welche, obgleich von der Mutter belobt, sich dennoch sowohl im väterlichen als im mütterlichen Testamente enterbt gefunden habe. Da sich aber ergeben, daß dies durch List und Ränke bewirkt sey (— ob dadurch die Eltern zur Ausschließung veranlaßt worden, oder ob die Testamente selbst falsch und untergeschoben gewesen, läßt der allgemein gehaltene Ausdruck nicht ersehen), so habe der Kaiser die Pulcheria in die ihr gebührenden Rechte eingesetzt [26]).

In der That wirft diese Erzählung auf die Absicht des Gesetzgebers ein helles Licht. — Das förmliche Notherbenrecht schützt den Notherben nicht gegen Ungerechtigkeit, und auch das Pflichttheilsrecht in seiner bisherigen Gestalt gewährt ihm dagegen keine sichere Hilfe. Immer ist er dabei dem mißlichen Ausgange eines Beweisverfahrens über die Wahrheit und Gerechtigkeit eines

legitima portione relictum est, hoc secundum nostras alias leges ab heredibus impleri." (*Vulg.*)

26) Nov. 115. cap. 5. pr. — — — „In aliquo autem negotio disceptantes invenimus Pulcheriam filiam gratam quidem a sua genitrice fuisse dictam, exheredatam autem testamento nominatam tam in paternis quam in maternis facultatibus. Et talem quidem scripturam, quia dolo eam et machinatione quorundam compositam fuisse comperimus, nullo modo permisimus obtinere, filiam autem heredem patris ac matris jussimus fieri." (*Vulg.*) — S. Bluntschli a. a. O. S. 211.

Ausschließungsgrundes Preis gegeben. Dies ändert sich von selbst, wenn eine Ausschließung, sie mag förmlich geschehen oder nicht, an und für sich gar keine Kraft mehr hat, falls nicht das Motiv derselben angegeben wird; wenn über die Gerechtigkeit der Enterbungsursache kein Streit statt finden kann, weil das Gesetz schon darüber entschieden hat; wenn nicht dem, welcher nach Natur und Gesetz zur Erbschaft berufen ist, erst der Beweis zugemuthet wird, daß er unverdient ausgeschlossen sey, sondern vielmehr derjenige, welcher nach dem Willen des Testirers an des Notherben Stelle treten soll, diesem die Erbschaft überlassen muß, falls er nicht die Wahrheit der Thatsache nachweis't, worauf die Ausschließung gestützt wird [27]). Weder Laune, noch Willkühr, noch Betrug kann alsdann mehr nachtheilig auf das Recht des Notherben einwirken; denn Alles dies muß von selbst zu Schanden werden, wenn sich der angeführte Enterbungsgrund nicht als wahr erzeigt. Auch ist der Testirer selbst durch das Gesetz sicher gestellt, daß er sich nicht durch Leidenschaftlichkeit und Uebereilung zu einem ungerechten Entschluß hinweisen lasse; es ist ihm eine feste Norm gegeben, mit welcher er die Handlungsweise des Notherben vergleichen kann, und die Nothwendigkeit eines Beweises wird ihn schon veranlassen, Alles reiflich zu prüfen und zu überlegen, ehe er seinen Entschluß ausspricht [28]).

Indem wir nunmehr zu den einzelnen Bestimmungen

27) Für den Gesichtspunct der Novelle ist allerdings das Prinzip ganz richtig, wonach Weber in dem Streit über das Daseyn eines Ausschließungsgrundes die Beweislast bestimmt. S. oben Note 96. S. 123.

28) Vgl. hiemit Bluntschli a. a. O. S. 223. 224.

des Gesetzes übergehen, scheint es angemessen zu seyn, mit den Ausschließungsgründen den Anfang zu machen, nicht nur weil davon zum Theil bei den folgenden Erörterungen Gebrauch zu machen ist, sondern hauptsächlich, weil diese Erörterungen mit der Untersuchung der Frage: welchen Einfluß die Novelle 115. auf das bisherige Notherbensystem gehabt? auf das genaueste zusammenhängt, diese Untersuchung aber doch füglich erst am Schlusse geschehen kann. — Uebrigens ist von den Enterbungsursachen schon an einem andern Orte in diesem Commentar gehandelt[29]), so daß wieder eine öftere Verweisung auf den früheren Verfasser möglich wird, wie dies bei den bisher in diesem Bande abgehandelten Lehren der Fall war, da, was sich hierüber meistens sehr zerstreut bei Glück findet, nicht nur sehr unvollständig ist, sondern auch aller tieferen Begründung entbehrt.

---

§. 1424.

Insbesondere A) von den Ausschließungsgründen[30]) und zwar 1) für Descendenten.

Als Gründe weshalb Descendenten von ihren Ascen-

29) Bd. VII. des Comment. §. 551. S. 209—255.

30) S. hierüber ausser Glück (Note 29) noch *Sam.* STRYK in cautelis testamentor. Cap. XIX. §. 25—40. (opp. paestantiora T. III. p. 222. sqq.) *Luc. v. de* POLL de exheredatione et praeterit. cap. 48—60. *Jos.* FINESTRES praelectiones Cervarienses ad tit. de lib. et post. P. IV. cap. III. Höpfner's Institutionen-Commentar §. 478—480. Bluntschli a. a. O. §. 24. S. 225—233. Francke Notherbenrecht §. 32. S. 404—416. Alex. Aug. v. Buchholtz über die gesetzlichen Enterbungsursachen der Kinder und der Eltern, in dessen: juristische

denten enterbt werden können, stellt Justinian vierzehn auf [31]). Nach der Darstellung bei Glück gehen davon neun auf beide Geschlechter (nämlich die erste, zweite, vierte, fünfte, siebente, neunte, zehnte, zwölfte und vierzehnte), vier ausschließlich auf Söhne oder männliche Descendenten (die dritte, sechste, achte und dreizehnte), eine (die eilfte) ausschließlich auf weibliche Descendenten [32]). Es wird sich zeigen, daß diese Darstellung manche Berichtigungen leidet. Ueberhaupt aber dürfte das wohl gerathener seyn, statt hiernach den Vortrag zu ordnen, die einzelnen Enterbungsgründe in der gesetzlichen Ordnung aufzuzählen und bei einem jeden zu bemerken, oder wo es nöthig ist, durch Untersuchung besonders festzustellen, ob derselbe auf beide Geschlechter, oder ausschließlich nur auf eins gehe [33]).

Der erste Grund: thätliche Beleidigungen, bezieht sich ganz unstreitig auf Söhne und Töchter [34]). Eben so

Abhandlungen aus dem Gebiete des heut. röm. Rechts. (Königsb. 1833.) Abh. VI. S. 128—148.

31) Nov. 115. cap. 3. §. 1—14.

32) Glück a. a. O. bei dem sich auch die Abweichungen von dieser Ansicht angeführt finden. Eine Berichtigung derselben ist von mir in der doctrina Pandectarum Vol. III. §. 683. versucht. Genauer ist die Frage: welche Enterbungsursachen auf alle Descendenten oder nur auf männliche allein, oder weibliche allein gehen, untersucht von Buchholtz a. a. O.

33) Es bedarf wohl kaum einer Bemerkung, daß, wenn im folgenden Söhne oder Töchter genannt sind, dies auch auf Descendenten der folgenden Grade zu beziehen ist.

34) S. hierüber Glück a. a. O. S. 209—211. (nr. 1.) v. Buchholtz a. a O. S. 129.

der zweite: schwere und unziemliche Beleidigungen anderer Art (gravis et inhonesta injuria)[35]), weshalb denn auch die bloße Androhung von Thätlichkeiten ein genügender Enterbungsgrund seyn kann[36]).

Der dritte Grund: wenn das Kind den Vater oder die Mutter peinlich anklagt (ausgenommen wegen Hochverraths) wird mit Recht auf Söhne eingeschränkt[37]).

35) Glück a. a. O. S. 211—223. (nr 2.) — v. Buchholtz a. a. O. not. 5. bemerkt ganz richtig diese Worte (gravis et inhonesta) sind nicht identisch, sondern Jenes bezieht sich auf das innere Gefühl der in Frage stehenden Eltern, dies auf die allgemeinen Ansichten über das äußere Hervortreten der Injurie. Gleich der folgende (dritte) Fall kann als schwere, aber nicht als ungeziemende Kränkung angesehen werden."

36) S. Francke a. a. O. S. 404. nr. 1. a. E. u. nr. 2.

37) Höpfner §. 478. nr. 4. Hellfeld (s. nr. 3. dieses §.) Glück a. a. O. S. 229—231. (nr. 1.) Günther princip. jur. Rom. priv. noviss. T. II. §. 746. nr. I. 10. Meine doctr. Pand. §. 683. nr. I. 3. A. Heimberger jus Rom. privat. T. III. §. 330. nr. 3. — Bluntschli (S. 225. nr. 3.) Francke (a. a. O. S. 406. nr. 3.), sodann die meisten Verfasser von Compendien (z. B. Hofacker princ. jur. civil. Rom. Germ. T. II. §. 1695. nr. 3. Schweppe das röm. Privatrecht u. s. w. §. 967. nr. 1. e. Hufeland Lehrb. des Civilrechts Bd. II. §. 1117. nr. 3. Mackeldey Lehrb. des heut. röm. Rechts §. 660. nr. I. 3. Warnkoenig comment. jur. Rom. priv. T. III. §. 1030. p. 294. G. F. Puchta System des gemeinen Civilrechts zum Gebrauch bei Pandektenvorlesungen. [München 1832.] Buch VII. §. 52. nr. 3. S. 277.) — pflegen hier freilich überhaupt von Kindern zu sprechen. (Warnkoenig scheint diesen Enterbungsgrund sogar auf angeklagte Väter zu beschränken). Indessen da sie sich überhaupt auf die

Zwar spricht das Gesetz allgemein (Nov. 115. c. 3. §. 3.). Da aber Frauen in der Regel keine öffentliche Anklage anstellen konnten [38], dies auch im neuesten römischen Rechte nicht aufgehoben ist, so versteht sich hier wohl die Beschränkung auf Söhne von selbst. Indessen behauptet v. Buchholz das Gegentheil, weil es ja im justinianeischen Rechte erlaubt gewesen sey, eine öffentliche Anklage durch einen Procurator vorzubringen [39]. Doch den Beweis dieser Prämisse ist er schuldig geblieben, und der Schriftsteller, auf den er sich beruft, sagt nur, daß nach heutigem Rechte der Regel nach Jedermann, der nur irgend Glauben verdient, Verbrechen anzeigen könne [40]; ohnehin darf mit einer solchen Anzeige eine förmliche Criminalanklage nicht verwechselt werden. Dagegen steht es fest, daß Popular- und Criminalklagen auch nicht durch Procuratoren angestellt werden konnten [41], was nicht nur im justinianischen Rechte nicht abgeändert, sondern auch im canonischen Rechte ausdrücklich bestätigt ist [42]. Indessen gab es von bei-

Frage nicht einlassen, kann man sie auch nicht als eigentliche Dissentienten betrachten.

38) L. 1. L. 8. D. *de accusationib. et inscriptionib.* (XLVIII. 2.)

39) a. a. O. S. 130.

40) Kleinschrod über die Veranlassung eine Generaluntersuchung anzustellen u. s. w. im Archiv des Criminalrechts von Klein, Kleinschrod und Konopak Bd. IV. St. II. nr. 1. §. 4. S. 7.

41) L. 42. pr. D. *de proc. et defensor.* (II. 3.) L. 13. §. 1. D. *de publ. jud.* (XLVIII. 1.) — *J. H.* Boehmer diss. de potestate procuratoris in causis criminalib. §. 3. (in exercit. ad Pand. T. II. Nr. XXXIII. p. 508 sqq.)

42) Boehmer diss. cit. §. 22.

den Beschränkungen Ausnahmen, d. h. es gab Fälle, wo auch eine Frauensperson Criminalanklagen erheben, und wo man sich zu diesem Behufe eines Stellvertreters bedienen konnte [43]). Daß nun, wenn diese Ausnahmen eintraten, Justinian's Enterbungsgrund auch auf Frauen anwendbar wurde, kann freilich keinem gegründeten Zweifel unterworfen seyn.

Den vierten Fall drückt die Vulgata so aus: si cum maleficis hominibus ut maleficus conversatur [44]), Haloander [45]) und nach ihm Hombergk zu Vach übersetzen: si cum veneficis hominibus ut veneficus conversetur. Das Original lautet so: Εἰ μετὰ φαρμακῶν ὡς φαρμακὸς συναναστρέφεται. Zu der so gewöhnlichen Beschränkung dieser Enterbungsursache auf den Sohn [46]) ist durchaus kein Grund vorhanden, weil das Wort φαρμακὸς auf beide Geschlechter geht [47]). Eine

43) L. 1. L. 2. pr. D. *de accus. et inscript.* (XLVIII. 2.) L. 5. L. 12. Cod. *de his, qui accusare non possunt.* Oeffentliche Anklagen durch Stellvertreter anbringen zu lassen, war übrigens nur dem Patron in Beziehung auf seinen undankbaren Freigelassenen, und gewissen Personen höheren Standes in schweren Injuriensachen gestattet (L. 33. §. 1. D. *de procur.* III. 1. L. ult. Cod *de injur.* IX. 35. *J. H.* Boehmer diss. laud. §. 3 sqq.); so daß hier also hinsichtlich der im Text erörterten Frage nach röm. Rechte von einer Ausnahme kaum die Rede seyn kann.

44) Nov. 115. c. 3. §. 4.

45) Novellarum constitutionum Justiniani liber, *Greg.* Haloandro interprete (Norimb. 1531.) p. 185.

46) S. z. B. Höpfner Commentar §. 478. nr. 5. Glück Comment. Bd. VII. S. 231 fgg. (nr. 3.)

47) Schneiders Handwörterbuch der griech. Sprache, her-

andere Frage aber ist: was Justinian hierunter verstehe? Einige erklären den φάρμακος für einen Giftmischer[48]), wogegen andere ihn blos für einen Zauberer halten wollen[49]). Das Wort bedeutet beides, doch schließt sich die erstere Bedeutung an das Stammwort (φάρμακον = Arzneimittel) näher an, und auch die mittelgriechischen Rechtsquellen übersetzen den Ausdruck *veneficus* stets durch φάρμακος[50]), wogegen sie für Zauberer — malefici, mathematici in der Sprache der Constitutionen[51]) — allemal einen andern Ausdruck wählen. Nichtsdestoweniger halte ich die — auch gewöhnlich angenommene — Meinung für richtig, wonach Justinian's Vorschriften auf

ausgegeb. von Passow *h. v.* v. Buchholtz a. a. O. S. 130. not. 10.

48) z. B. v. Buchholtz a. a. O.

49) Francke a. a. O. S. 406. nr. 4. Puchta a. a. O. S. 277. nr. 4. — Denen, welche darunter entweder nur einen Zauberer oder einen Giftmischer verstehen, stehen diejenigen gegenüber, welche den Maleficus der Vulgata in der weitesten Bedeutung, für Uebelthäter und Verbrecher nehmen, z. B. Westphal Theorie des röm. Rechts von Testamenten §. 563. Allein dies kann das Wort φάρμακος, das hier doch allein zu erklären ist, nicht heißen (s. auch *Luc. v. de* Poll l. l. c. 51. §. 2.), man möchte denn etwa auf die Anwendung fußen, die Aristophanes (Equit. V. 1405.) davon macht.

50) M. s. namentlich die Basiliken und deren Scholien zu den Titeln *ad leg. Cornel. de sicariis*, und: *de maleficis et mathematicis* (Lib. LX. Tit. XXXIX. T. VII. p. 684. sqq. und Synopsis Basilic. (ed. Leunclavius) p. 529.

51) S. z. B. L. 2. L. 5. Cod. de maleficis et mathematicis (IX. 18.) — Brissonius de Sign. Verb. v. *maleficus* et v. *mathematicus*.

beide Arten solcher Uebelthäter — Giftmischer und Zauberer — zu beziehen ist; jedoch nicht unbedingt auf die letzteren. So wie nämlich venenum nicht blos eine Substanz bedeutet, die dem, welchem sie beigebracht wird, am Leben oder der Gesundheit schaden soll, sondern auch ein Mittel, welches auf mystische oder magische Weise einwirkt — wie Liebes- und andere Zauber-Tränke; eben so verhält es sich mit dem Worte *φάρμακον*, wie man aus jedem guten Wörterbuche sehen kann. So erklären es denn auch die griechischen Ausleger [52]), wie denn überhaupt diese Verbindung zwischen Giftmischerei und Zauberei wohl zu alten Zeiten bestand. Ohne Zweifel meinte Justinian hier also die Theilnahme an diesem nichtswürdigen Gewerbe, das um so schädlicher wirkt, als es, im Verborgenen geübt und in das geheimnißvolle Gewand übernatürlicher Kenntnisse und Kräfte gehüllt, unerfahrenen oder schwachsinnigen Menschen so oft das Mittel wird Böses zu üben, ohne dies eigentlich zu wollen. — Warum übrigens von diesem Enterbungsgrunde heutiges Tages kein Gebrauch soll gemacht werden dürfen, wie Glück mit Beziehung auf A. D. Weber [53]) behauptet, ist in der That nicht abzusehen. Denn wenn es bei uns auch eigentliche Gesellschaften oder Verbindungen für solche Zwecke nicht giebt [54]), so macht ja doch Justinian das Enterbungsrecht ebenfalls nicht von der

52) S. z. B. Schol. Basilic. ad Tit. *de lege Corn. de sic.* etc. (T. VII. p. 695. not. f.) Vgl. auch die Synopsis an der so eben angeführten Stelle.

53) In den Versuchen über das Civilrecht S. 19. a. E. fg.

54) Daß es bei den Römern dergleichen gegeben, sagt wenigstens Plinius (Natur. hist. Lib. XXX. cap. 1. 2.), auf den sich Weber und Glück dafür berufen, nicht.

Theilnahme des Ausgeschlossenen an einer Genossenschaft von Giftmischern, sondern lediglich davon abhängig, daß er mit Leuten verkehrt, welche sich mit der Bereitung von Giften und Zaubermitteln abgeben, auch deren Gewerbe betreibe.

Der fünfte Grund: wenn Kinder dem Leben ihrer Eltern nachstellen, geht ebenfalls auf beide Geschlechter [55]).

Bei dem sechsten dagegen (si novercae suae, aut concubinae patris, filius sese immiscuerit) ist ausdrücklich nur der Sohn genannt [56]). Doch versteht sich von selbst, daß dasselbe auch von dem Enkel gilt, wenn er mit der Stiefgrosmutter oder mit der Concubine des Grosvaters sich vergeht, nicht ob paritatem rationis (denn von Zulässigkeit logischer Ausdehnung des Gesetzes ist hier noch nicht die Rede), sondern weil der Kaiser im Eingange des Kap. ja ausdrücklich sagt, daß Eltern und Voreltern ihre Descendenten aus den im Gesetze bestimmten Gründen enterben dürften. Dies kann nun zwar bei einem strict zu interpretirenden Gesetze den Schluß nicht rechtfertigen, daß auch für Töchter gelten müsse, was für Söhne angeordnet sey, wohl aber darf man annehmen, daß nach der Absicht des Kaisers auf den blosen Unterschied des Grades nichts ankommen solle, zumal da schon nach allgemeinen Regeln die Benennung filius auch Enkel mit umfaßt, wenn nicht besondere Gründe für die Beschränkung auf Söhne sprechen [57]). Uebrigens

55) Glück a. a. O. S. 223. (nr. 3.) v. Buchholtz S. 131.

56) Nov. 115. cap. 5. §. 6.

57) L. 84. L. 201. D. *de verb. signif.* — Vgl. *Luc. v. de* Poll l. c. cap. 53. §. 3. und Francke Notherbenrecht S. 414.

wird hiebei eine erlaubte Geschlechtsverbindung zwischen dem beleidigten Ascendenten und seiner Concumbentin vorausgesetzt, folglich kann dieser Grund nach der richtigeren Meinung heut zu Tage nur noch Anwendung finden, wenn der Descendent seine Stiefmutter beschläft, da jede Beiwohnung ausser der Ehe, auch die mit einem steten Beisammenleben der Concumbenten verbundene, unbedingt verboten ist [58]), mag man ihr den Namen der Gewissensehe [59]), oder der wilden Ehe, oder wie sonst geben.

58) M. s. z. B. die Reichspolizeiordnung von 1577. Tit. XXVI. §. 1. (in Gerstlachers Handbuch der teutschen Reichsgesetze Th. IX. Kap. I. §. 9. p. 1181.) „Dieweil auch viel leichtfertiger Personen außerhalb von Gott aufgesetzter Ehe zusammen wohnen, so ordnen und wollen wir, daß eine jede geistliche und weltliche Obrigkeit, der solches ordentlich zugehört, ein billig Einsehen haben soll, damit solche öffentliche Laster der Gebühr nach ernstlich gestraft und nit geduldet werden."

59) Glück (im 28. Bande des Comment. §. 1297. S. 432 fg. nr. 1.) will die Gewissensehe noch von dem Concubinat unterschieden wissen, und hält sie unter gewissen, (von ihm aber nicht angegebenen) Bedingungen für erlaubt. Allein das preuß. Landrecht (Th. II. Tit. 1. §. 835 fgg.), worauf er sich beruft, spricht nur von einer Ehe zur linken Hand, also von einer kirchlich giltigen Ehe. Das Chimärische einer solchen Unterscheidung zwischen Gewissensehe und Concubinat haben auch schon sehr gründlich dargethan *J. H.* Boehmer jus ecclesiast. Protest. Lib. IV. Tit. IV. §. 55. (nr. 3.) §. 56. 57. 59. (T. III. p. 1304 sqq.) und Moser teutsches Staatsrecht Th. XVIII. S. 494 fgg. (im Auszuge bei Danz Handbuch des heut. deutschen Privatrechts. Bd. VI. S. 151 fgg. nr. I.) — Vgl. auch Heffter Lehrb. des gem. teutschen Criminalrechts (Halle 1833.) §. 431. not. 4.

Es ist daher nicht zu billigen, wenn v. Buchholtz das Gesetz auf den unerlaubten Umgang des Sohnes mit der Maitresse des Vaters, d. h. nach seiner Erklärung, einer Person, mit welcher der Vater in wilder Ehe lebt, anwenden will [60].

Auch der siebente Grund ist in dem Gesetze nur auf den Sohn bezogen und daher auch nur auf diesen einzuschränken [61]. Uebrigens darf man nicht, wie gewöhnlich geschieht, jede schädliche Angabe, sondern nur die falsche (durch Chicane bewirkte) für einen hinreichenden Enterbungsgrund ansehen [62]. Denn die Vulgate,

60) a. a. O. S. 131.

61) Das Gegentheil behaupten Höpfner (Comment. §. 478. nr. 4. b. (und Glück a. a. O. S. 223. (nr. 4.) weil Justinian hier nicht von einer Criminalanklage (wie beim dritten Grunde), sondern blos von einer den Eltern nachtheiligen Angabe bei der Obrigkeit sprechen, diese aber auch von Personen weiblichen Geschlechts geschehen könne. Dies ist freilich wahr. Allein bei einem Gesetz, dessen Tendenz und Inhalt so bestimmt auf die Nothwendigkeit einer strengen Interpretation hinweis't, dürfen wir die eigentliche Bedeutung eines Wortes nicht verlassen. (S. meine doctrina Pand. Vol. III. §. 683. not. 7.) Nur die Anwendung auf Enkel erscheint natürlich auch hier aus den obigen Gründen (s. Note 57. und den dazu gehörigen Text) gerechtfertigt.

62) S. Marezoll Bemerkungen u. s. w. über einzelne Fragen aus dem röm. Civilrecht nr. 11.; in dem von v. Grolmann und Löhr herausgegebenen Magaz. für Rechtswissenschaft und Gesetzgebung Bd. IV. S. 392 fg. — Uebrigens findet sich dies schon bei früheren Schriftstellern bemerkt (z. B von Sam. Stryk a. a. O. §. 31.), und sogar schon der Versuch, die richtige Ansicht zu widerlegen, z. B. von v. *de* Poll Cap. 54. §. 5.

welcher man hier buchstäblich zu folgen pflegt, sagt zwar: „Si *delator* contra parentes filius exstiterit;" allein das Original spricht von einem *συκοφάντης*, das ist aber ein *calumniator* (falscher Angeber), wie auch Julianus[63]) und Haloander[64]) ganz richtig übersetzen.

Den achten Grund[64a]) beschränkt der Gesetzgeber, welcher vorher allgemein von liberi (*παῖδες*) gesprochen hatte, selbst ausdrücklich auf Descendenten männlichen Geschlechts, und dadurch sind denn alle Zweifel gehoben[65]). Nur ein Punct ist in Ansehung dieses Grundes noch besonders zu berücksichtigen. Das Gesetz sagt: wenn der Erblasser sich im Gefängniß befand, und die männlichen Descendenten, welche ihm *ab intestato* succediren konnten, auf dessen Aufforderung die Uebernahme einer Bürgschaft für ihn verweigerten. — Nun können, wenn von Enterbung die Rede ist, überhaupt doch nur solche Personen gemeint seyn, welche ab intestato zur Erbschaft

63) In der Epitome novellarum h. l. cap. III. (bei Augustinus in den opp. Vol. II. p. 346.

64) Hombergk folgt hier der Vulgata.

64a) Zwischen diesem und dem vorausgehenden Grunde schaltet Harmenopulus noch einen andern ein, welcher eher bei dem zwölften hätte stehen müssen. Er lautet (nach der Uebersetzung von D. Wilh. Reitz) so: „Si illis (parentibus) in diutina infirmitate jacentibus, aut in egestate et impotentia constitutis filii nullam eorum curam gesserint, atque a parentibus vocati eos providentia sua dignari noluerint." Vid. supplement. thes. *Meerm.* p. 311. und daselbst Note 60.

65) Ueber diese Zweifel und namentlich über die Frage: ob nicht heutiges Tages der Grund auch auf Töchter anzuwenden sey? äussert sich gründlich und überzeugend Glück a. a. O. S. 233—235. (nr. 4.)

gerufen sind; was bedeuten denn hier die Worte: οἱ παῖδες, οἱ δυνάμενοι ἐξ ἀδιαθέτου ἐπὶ τὴν τούτου διαδοχὴν ἐλθεῖν (liberi, qui possunt ab intestato ad ejus successionem venire)? Meistens wird dies ganz übersehen, oder für einen überflüssigen Zusatz erklärt. Mit Recht haben jedoch Andere bemerkt, daß man annehmen müsse, der Kaiser habe diejenigen Descendenten dadurch ausschließen wollen, welche zur Zeit der Aufforderung noch nicht die nächsten zur Succession waren, z. B. die Enkel von einem noch lebenden Vater, gesetzt auch, dieser hätte ihnen zur Zeit des Erbschaftsanfalls Platz gemacht [66]. Denn in der Regel, und wenn nicht überwiegende Gründe für das Gegentheil streiten, darf nichts, was der Gesetzgeber gesagt hat, für unbedeutend oder überflüssig erachtet werden [67].

Der neunte Grund: wenn die Kinder den Erblasser am Testiren zu verhindern gesucht haben [68], — ist wieder allgemein auf beide Geschlechter zu beziehen. Bluntschli [69] drückt diesen Grund so aus: wenn die Kinder ihre Eltern, um Intestaterben zu werden, an der Errichtung des Testaments hinderten u. s. w. Indessen giebt das Gesetz zu dieser Einschränkung keine

66) v. de Poll l. l. cap. 55. §. 40. 41. v. Buchholtz a. a. O. S. 133.

67) Darauf beruht überhaupt das, auch hier anwendbare, argumentum a contrario. M. s. meine doctrina Pandectar. Vol. I. §. 62.

68) Glück a. a. O. S. 224. (nr. 5.) — Dieser Grund ist schon im Coder (in einer Constitution der KK. Diocletian und Maximian) als giltige Ausschließungsursache anerkannt: L. 23. Cod. *de inoff. test.*

69) a. a. O. S. 226. nr. 9.

Veranlassung, und es lassen sich allerdings Fälle gedenken, wo auch ohne jenes Motiv dem Notherben daran liegt, daß kein Testament gemacht werde; z. B. er entbehrte vielleicht gerne die unbedeutende Erbschaft, fürchtet aber die schimpfliche Ausschließung [70]). Von selbst versteht sich auch, daß dasselbe gilt, wenn der Notherbe die Abänderung eines früheren Testaments (worin er etwa zum Erben eingesetzt ist) zu hindern sucht, da das Gesetz ganz allgemein von Verhinderung einer Testamentshandlung spricht [71]). Dabei läßt sich indessen allenfalls noch die Frage aufwerfen: wenn der Notherbe in einem früheren Testamente auf mehr, als sein Intestaterbtheil beträgt, eingesetzt ist, der Testirer aber dies Testament blos aufheben (nicht anderweitig testiren) und also die Intestaterbfolge eintreten lassen will, daran aber von dem Notherben gehindert wird: kann er ihn aus diesem Grunde von der Erbschaft ganz ausschließen? Doch da das Gesetz nur von beabsichtigter Testaments**errichtung** spricht, so muß nach der hier zur Anwendung kommenden strengen Interpretation die Frage verneint werden.

Den **zehnten** Grund (wenn der Sohn sich unter die Arenarien [72]) — Thierkämpfer und Mimen begiebt,

70) s. v. Buchholtz a. a. O. S. 133 fg. Not. 15.

71) v. *de* Poll l. l. cap. 56. §. 6.

72) So übersetzt auch die Vulgata dem **Sinne nach** gewiß ganz richtig den κυνηγός des Originals. — Uebrigens wird auch dieser Grund schon in einer Constitution des K. **Alexander Sever** als hinreichend zur Ausschließung erklärt. L. 11. Cod. *de inoff. test.* „**In arenam non damnato, sed sua sponte arenario constituto, legitimae successiones integrae sunt — —. Sed si testamentum parens ejus fecit, neque de inofficioso**

auch bei dieser Lebensweise beharrt, die Eltern aber weder einwilligen, noch selbst dies Gewerbe treiben) bestimmt das Gesetz nur für den Sohn [73]) (Ei — — — μεταξὺ κυνηγῶν ἢ μιμῶν ἑαυτον ὁ υἱὸς ἐγκαταλέξοι); es ist daher höchst willkührlich, wenn die meisten Juristen hier ganz allgemein von Kindern sprechen [74]).

Die eilfte Enterbungsursache, die einzige, welche ausschließlich nur auf Descendentinen geht, läßt sich wohl in der Kürze (wiewohl mit einigen vorzubehaltenden Einschränkungen) so ausdrücken: unkeuscher Lebenswandel der Tochter oder Enkelin, oder Verheirathung derselben wider Willen der Eltern, ohne daß sie deshalb entschuldiget

testamento accusatio, neque bonorum possessio ei competit; nam *talem filium merito quis indignum sua successione judicat, nisi et ipse similis conditionis sit.*" — Bemerkenswerth ist, daß sogar die gänzliche Praeterition des Sohnes dem Testamente nichts schaden sollte, wenn ein solcher Grund vorhanden war; denn auch die contra tabb. B. P. (daß diese hier gemeint sey, bemerkt schon die Glosse) wird dadurch ausgeschlossen.

73) v. Buchholtz a. a. O. S. 134. not. 17. 18.

74) So Höpfner a. a. O. nr. 12., ferner Glück (a. a. O. S. 227. nr. 8.), sodann die meisten Compendien, Hofacker, Günther, Schweppe, Hufeland, Mackeldey, von Wening-Ingenheim, Seuffert an den angeführten Orten, auch Valett (Notherbenrecht §. 30. nr. 8.), Bluntschli a. a. O. S. 226. nr. 10. Francke a. a. O. S. 406. nr. 10. — Die Beschränkung auf den Sohn findet sich unter andern schon bei Hellfeld h. §. nr. 10., auch in meiner doctr. Pand. Vol. III. §. 683. nr. 10. Warnkoenig comment. jur. rom. priv. T. III. §. 1030. nr. 10. Haimberger jus. rom. priv. T. III. §. 330. nr. 10.

werden kann. — Schon in einem Rescripte der KK. Diocletian und Maximian (aus dem J. 293) heißt es hierüber: „Si filiam tuam, eo quod turpiter et cum flagitiosa foeditate vivit, a successione tua excludendam putes, si non inconsulto calore sed ex meritis ejus ad id odium incitatus es, postremi judicii liberum arbitrium habebis“ [75]. — In einer anderen Stelle rescribiren dieselben Kaiser: daß wenn eine Tochter, deren Vater nicht mehr am Leben ist, sich von dem Manne, den sie mit ihrer Mutter Bewilligung geheirathet, auf das Verlangen derselben nicht trennen wolle, sie dieser dadurch noch keine Veranlassung zur Enterbung gebe, da die Eingehung oder Trennung der Ehe nicht von den Launen einer Mutter abhängen dürfe [76]. — Man darf hierbei freilich nicht vergessen, daß diese Constitution ein bloßes Rescript ist, also die Vordersätze nicht gerade durchgängig als wesentliche Theile des Gesetzes zu betrachten sind [77]; sonst würde man leicht per argumentum a contrario auf Folgerungen kommen, die gewiß nicht richtig sind. Denn einem Vater stänb das Recht, welches hier der Mutter abgesprochen wird, ebenfalls nicht zu [78], und daß die Mutter gerade ihre Ein-

75) L. 19. Cod. *de inoff. test.*

76) L. 20. Cod. *de inoff. test.* „Filia in orbitate patris relicta, cum marito, cui matre volente nupsit, colens concordiam, justas offensionis post ejusdem matris poenitentiam causas non praestat, nec ex momentariis voluntatibus matris nupta atque vidua jure esse compellitur.“ (Vgl. die Note 78.)

77) Thibaut Theorie der logischen Auslegung des röm. Rechts §. 38.

78) L. 18. Cod. *de inoff. test.* „Quum te pietatis reli-

willigung zur Heirath der Tochter gegeben haben müsse, widrigenfalls berechtigt sey, sie willkührlich zur Auflösung der Ehe zu zwingen, oder doch im Weigerungsfalle zu enterben, wird wohl Niemand behaupten wollen, indem ja selbst nicht einmal der Vater unbedingt berechtigt war, der Tochter die Eingehung der Ehe mit einem von ihr erwählten Manne zu untersagen [79]. Nichtsdestoweniger wurde die Zustimmung der Eltern in die Heirath der Töchter erfordert, und zwar die des Vaters, wenn die Tochter seiner Gewalt unterworfen war, auch noch nachdem sie die Grosjährigkeit erreicht hatte, sonst nur während ihrer Minderjährigkeit; die der Mutter blos, wenn der Vater nicht mehr am Leben, die Tochter aber noch minderjährig war [80], obgleich sie nur aus Gründen verweigert werden konnte. Wurden aber diese Gründe nicht beachtet, oder die Eltern ganz übergangen, so lag darin eine offenbare Hintansetzung der diesen gebührenden Ehrerbietung, welche ohne Zweifel als hinreichend zur Ausschließung von der Erbschaft angesehen werden konnte. — Also: haben die Eltern eingewilligt, so können sie die

gionem non violasse, sed mariti conjugium, quod fueras sortita, distrahere noluisse ac propterea offensum atque iratum patrem ad exheredationis notam prolapsum esse, inofficiosi testamenti querelam inferre non vetaberis. — S. die Note 80. a. E.

79) L. 19. D. *de ritu nuptiar.* (XXIII. 2.)

80) Vgl. L. 1. L. 18. L. 20. C. *de nupt.* (V. 4.) — S. Bd. XXIII. des Comment. §. 1196. S. 17—38. (nr. I.) Bei der L. 18. Cod. *de inoff. test.* (Note 78.) muß daher allerdings vorausgesetzt werden, daß die Tochter sich winigstens nicht wider den Willen des Vaters verheirathet hatte.

Tochter darum nicht enterben, weil sie sich auf ihren Befehl nicht wieder von ihrem Manne trennen will; haben sie nicht eingewilligt, so kann dies, nach Umständen, ein Grund zur Ausschließung seyn [81]). — Die Nov. 115 c. 3. §. 11 drückt nun die zur Frage stehende Enterbungsursache (nach der Vulgate) so aus: „Si alicui ex praedictis parentibus volenti suae filiae vel nepti maritum dare, et dotem secundum vires substantiae suae pro ea praestare, illa non consenserit, sed luxuriosam [82]) degere vitam elegerit. Si vero usque ad viginti quinque annorum aetatem pervenerit filia, et parentes distulerint eam marito copulare, et forsitan ex hoc contigerit in suum corpus eam peccare, aut sine consensu parentum marito se, libero tamen, conjungere: hoc ad ingratitudinem filiae imputari nolumus, quia non sua culpa, sed parentum id commisisse cognoscitur." — Der etwas verworren ausgedrückte Sinn dieser Stelle nun ist folgender: eine minderjährige Tochter, welche sich der Unzucht ergiebt, oder wider den Willen ihrer Eltern sich verheirathet, kann enterbt werden, auch wenn ihr keine Gelegenheit sich zu verheirathen dargeboten wurde; eine grosjährige nur, wenn es ihr an einer solchen Gelegenheit nicht fehlte, oder wenn sie sich mit einem Unfreien einläßt" [83]).

81) Vgl. die Scholien in den Basiliken zur L. 20. Cod. *de inofficioso test.* (von Theodorus und Thaleläus bei Fabrotus T. V. p. 265. Schol. X.

82) Das Original sagt: *ἀλλ' αἰσχρὸν βίον ἐπιλέξηται*; richtiger übersetzte daher Haloander und Hombergk: „sed *turpem* vitam delegerit (oder eligat").

83) So wird die Stelle auch gemeinhin verstanden. M. s. z. B. P. J. Heisler rechtl. Erörterung der Frage:

Indessen giebt es hierbei noch manche streitige Puncte, die nicht ganz mit Stillschweigen übergangen werden dürfen.

1) Was wird hier eigentlich von den Eltern verlangt, oder, m. a. W., wann ist die grosjährige Tochter deshalb, daß sie sich einem unsittlichen Lebenswandel ergiebt, für entschuldigt zu achten? — Man würde vielleicht diese Frage nicht so gar schwierig gefunden und sich darüber nicht in so verschiedene Meinungen gespalten haben [84]), hätte man dabei mehr, wie dies meistens der Fall war, eine wesentliche Verschiedenheit zwischen römischer und heutiger Sitte vor Augen gehabt. — Dem Bilde, welches Modestin von der Ehe entwirft [85]), entsprach die Wirklichkeit bei den Römern weder in rechtlicher noch in sittlicher Hinsicht. Wie häufig und wie leicht das lockere Band getrennt wurde, ist bekannt [86]).

sind Eltern ihre Kinder, welche sich wider ihren Willen verheirathen, zu enterben befugt? Halle 1783. S. 8. 9. Glück a. a. O. S. 236—244. — Vgl. auch Hartitzsch Erbrecht u. s. w. §. 118. nr. 11. Meine doctrina Pandectar. Vol. III. §. 683. nr. 11.

84) Die ältere Literatur hierüber s. m. bei Glück a. a. O. S. 237 fg. Note 87. 91. Von neueren Schriftstellern ist hauptsächlich zu bemerken Francke im Notherbenrecht S. 407—411. (nr. 11.)

85) L. 1. D. *de ritu nuptiarum*. (XXIII. 2.) „Nuptiae sunt conjunctio maris et foeminae, consortium omnis vitae, divini et humani juris communicatio."

86) Belege dazu s. in Heineccii antiquitatum Romanarum jurisprud. illustrantium Synt. Append. Lib. I. cap. 1. §. 45. 46. — Vgl. auch Bd. XXVI. des Comment. §. 1262. S. 316 fgg. Klenze die Freiheit der Ehescheidung u. s. w. (in der Zeitschr. für geschichtl. Rechtswissenschaft Bd. VII. Abh. II.) S. 22 fg. S. 38 fgg.

Und eben so häufig war bloßer Eigennutz die Triebfeder zur Eingehung einer Ehe. Eine reiche dos scheint bei der Ehe die Hauptsache zu seyn, und die Frage: ob ein Mädchen diese habe, und ob sie einen Mann bekommen werde? gleichbedeutend [87]); wer ihr also eine dos giebt, verschafft ihr einen Mann. Hiezu kam nun die Idee: Töchter tragen nichts zur Würde und zum Glanz der Familie bei [88]), sie sind vielmehr eine Familien-Last, der man sich, sobald es thunlich, zu entledigen suchen muß [89]). Daher warb man denn ganz ohne Scheu für Töchter [90]), ja es wurde dies sogar den Vätern zur Pflicht gemacht [91]).

87) Vgl. L. 2. D. *de jur dotium* (XXIII. 3.) „Reipublicae interest, mulieres dotes salvas habere, propter quas nubere possint." — L. 1. *soluto matrimonio dos quemadmodum petatur* (XXIV. 3.) — L. 19. D. *de ritu nuptiar.* (s. Note 91.) — Valerii Maximi dictor. factorumque memorabil. Lib. IV. c. IV. 10. — Plauti aulularia Act. II. Sc. II. V. 13. „Virginem habeo grandem, dote cassam atque *illocabilem.*" — Andere hieher gehörige Stellen s. bei F. W. v. Tigerström das römische Dotalrecht. Erster Band. (Berlin 1831.) §. 1. S. 6. 7. not. 9.

88) L. 195. §. 5. D. *de verb. sign.*

89) Es erklärt sich hieraus auch wohl, daß auf der einen Seite ein Zwang zur Eingehung der Ehe wirksamer war gegen die Tochter, wie gegen den Sohn (L. 12. §. 1. L. 13. D. *de sponsalib.* XXIII. 1.), auf der anderen dagegen, wenn die Tochter selbst wählte, ein stillschweigender Consens genügte. L. 7. §. 1. D. *de sponsalib.* L. 5. L. 25. Cod. *de nupt.*

90) L. 34. pr. D. *de ritu nuptiar.* (XXIII. 2.) — Vgl. auch L. 3. D. *de proxeneticis* (L. 14.) Cujacii observat. Lib. XI. c. 18.

91) L. 19. D. *de ritu nuptiar.* „Qui liberos, quos habent

Das änderte sich auch unter dem Einfluß der christlichen Religion nicht, indem die, der Frauenwürde keineswegs günstige orientalische Sitte hier das Gegengewicht hielt. — Hiedurch erklären sich denn die obigen Aeusserungen in der Nov. 115. sehr leicht. — Eltern, denen es Ernst ist ihre Töchter zu verheirathen, brauchen nur für sie zu werben und (wenn sie dazu die Mittel haben) ihre Werbung durch eine angemessene Mitgift zu unterstützen. Unterlassen sie dies, so ist es ihre Schuld, wenn die Töchter unverheirathet bleiben. An diese Idee wird die gesetzliche Disposition unmittelbar angeknüpft. Entkleiden wir diese indessen von allen Zufälligkeiten, so will der Kaiser doch gewiß die Regel aufstellen: Töchter, welche ein unzüchtiges Leben einer anständigen Heirath vorziehen, verdienen die Enterbung; doch ließ er sich von der (ja gewissermassen althergebrachten) Vorstellung beherrschen, daß hauptsächlich nur durch die thätige Vermittelung der Eltern Töchter einen Mann bekommen könnten, wodurch denn der Hauptgedanke eine Beimischung erhalten hat, welche ganz gewiß nicht buchstäblich verstanden werden darf, nämlich: so wie der Mangel eines Heirathsantrags vor der Großjährigkeit lediglich der Schuld der Eltern

in potestate, injuria prohibuerint ducere uxores *vel nubere*, vel qui dotem dare non voluerint, ex constitutione divorum Severi et Antonini per Proconsules Praesidesque provinciarum coguntur in matrimonium collocare et dotare. *Prohibere autem videtur et qui conditionem non quaerit.*“ — Vgl. c. 13. C. XXXII. qu. II. — S. *F. S.* Reiding Diss. ad Leg. XIX. II. de ritu nuptiar. Franeq. 1747. cap. V. §. 5. (in Oelrichsii thes. dissertat. jurid. in acad. Belg. habit. Vol. I. T. II. Nr. XVI. p. 301 sq.) — Vgl. Bd. XXV. des Comment. §. 1231. S. 56 fg.

beizumessen sey, eben so müsse ihr auch ein von ihr abgelehnter Antrag durch die Eltern zugekommen seyn. Alles Gewicht ist hier aber vielmehr auf die verächtliche Gesinnung solcher Töchter zu legen, die ein zügelloses Leben wählen, da es ihnen doch nicht an Gelegenheit sich zu verheirathen fehlte. Und hierauf darf daher auch nur der Beweis der eingesetzten Erben gerichtet werden, wobei denn freilich der Tochter der Gegenbeweis vorbehalten werden muß, daß sie dennoch von der Eingehung einer Ehe durch die Schuld des Erblassers verhindert worden sey. Ich kann in Gemäsheit dieser Ansicht aber auch der Meinung nicht beipflichten, daß die grosjährige Tochter enterbt werden dürfe, wenn der Erblasser sich vergebliche Mühe gegeben, ihr einen Mann zu verschaffen und sie sich nun der Unzucht ergiebt[92]), eben so wenig wie es umgekehrt der Minderjährigen zu Statten kommen kann, daß sie durch die Schuld der Eltern am Heirathen behindert geworden ist[93]). Denn auf der einen Seite erfordert das Gesetz jedenfalls, daß der Tochter eine Gelegenheit zur Heirath sich dargeboten habe, auf der anderen Seite entschuldigt es nur die Grosjährige; beides aber ist zu deutlich ausgesprochen, als daß man sich ohne Willkühr darüber hinaus setzen könnte.

2) Die Hauptbedingung der Enterbung ist, daß die Tochter sich einem unsittlichen, schlechten Lebenswandel ergebe. Daß darunter ein unzüchtiges Leben verstanden werde, ist gewiß. Allein, wenn kann man dies von ihr

92) Glück a. a. O. (Bd. VII. des Comment. §. 551.) S. 238. — Dagegen erklärt sich auch v. Buchholtz a. a. O. S. 135. not. 2.

93) Das Gegentheil behauptet Glück a. a. O. S. 237.

sagen? daß sie ein Gewerbe daraus machen, wie Manche annehmen[94]), ist sicher nicht erforderlich, indem dies in dem Gesetze auch nicht entfernt angedeutet wird. Auf der anderen Seite würde es weder billig, noch den allgemeinen Begriffen und Ansichten von einer schändenden und unsittlichen Lebensweise entsprechend seyn, wollte man jede verführte Person unter die Kategorie der Weiber bringen, die ein unzüchtiges Leben führen. Wer aber nur an jenen Begriffen festhält, wird hier schwerlich das rechte Maaß verfehlen[95]).

3) Die Gleichstellung des unsittlichen Wandels und der gegen den Willen des Erblassers vollzogenen Ehe ergiebt sich freilich nur durch ein argumentum a contrario. Da indessen dergleichen Schlußfolgerungen auch bei einem strict zu interpretirenden Gesetze nicht ausgeschlossen sind, weil sie dazu dienen, die wahre Absicht des Gesetzgebers zu ermitteln[96]), so kommt es nur darauf an, ob die Bedingungen für die Zulässigkeit dieser Schlußfolgerung vorhanden sind; dies aber ist aus überwiegenden Gründen zu bejahen. Denn wenn das Gesetz sagt:

94) z. B. Günther principia juris rom. priv. noviss. T. II. §. 746. nr. 14. „si filia — — — corpore *quaestum faciat.*"

95) Ueber die verschiedenen Meinungen s. m. Glück a. a. O. S. 240. 241. Francke a. a. O. 408. (F. meint: der Ausdruck in corpus suum peccare treffe jede Gefallene. In einem gewissen Sinne ja. Allein passender wird er doch wohl nur von denen gebraucht, welche durch wiederholte und gewissermassen zur Gewohnheit gewordene Unzucht ihren Körper schänden und entnerven).

96) S. Heisler's oben (Note 83) angeführte Abhandl. §. 5. 8. 9. — A. M. ist v. Buchholtz a. a. O. S. 136.

eine großjährige Tochter, welche bis dahin durch die Schuld der Eltern unverheirathet blieb, soll ungestraft auch wider den Willen derselben sich verheirathen dürfen, so folgt doch wohl nach richtiger Logik, die man im Zweifel allemal dem Gesetzgeber zutrauen muß, daß a) die minderjährige Tochter dies nicht darf, und eben so wenig b) die großjährige, der es nicht an Gelegenheit fehlte, sich nach dem Willen ihrer Eltern anständig zu verheirathen[97]). Unterstützt wird dies Argument aber auch noch dadurch, daß, wie oben nachgewiesen wurde, schon nach dem früheren Rechte die Verheirathung ohne den Willen der Eltern als ein hinreichender Ausschließungsgrund angesehen wurde[98]). Doch sind aus allgemeinen Gründen wohl noch einige Einschränkungen beizufügen:

a) Wenn ein Vater der Tochter einen schlechten und verächtlichen Menschen zum Manne aufdringen will, so braucht sie nicht zu gehorchen[99]). Schlägt sie nun eine solche Partie aus, so thut sie nur, was ihr Recht mit sich bringt und es kann die ihr dargebotene Heirathsgelegenheit im Grunde als gar keine angesehen werden. Das kann nun zwar die minderjährige Tochter nicht berechtigen, sich ohne Consens der Eltern zu verehelichen; für die großjährige tritt dies Recht aber nunmehr ein. Zwar ist sie, so lange sie unter väterlicher Gewalt steht, an den väterlichen Consens gebunden[100]); allein als Enterbungsgrund kann es nicht mehr angesehen werden, wenn sie sich verheirathet, ohne die Einwilligung des

97) Heisler a. a. O. §. 10. 14. 15.

98) S. oben S. 155.

99) L. 12. §. 1. D. *de sponsalib.*

100) L. 20. Cod. *de nupt.*

Vaters einzuholen, da das Gesetz ganz allgemein spricht, d. h. nicht unterscheidet, ob die großjährige Tochter der väterlichen Gewalt unterworfen ist, oder nicht. Auch selbst die Verheirathung mit einem verächtlichen Menschen steht ihrem Notherbenrecht nicht im Wege, da sie sich sogar außerehelicher Unzucht ungestraft ergeben darf [1]); nur einem Unfreien darf sie sich nicht vermählen [2]).

b) Ohne Grund darf selbst nicht einmal der Vater die Einwilligung zur Heirath versagen, indem dieselbe erforderlichen Falls von der Obrigkeit supplirt wird [3]). In einem solchen Falle nun haben die Kinder ihrer Pflicht genügt, wenn sie den elterlichen Consens geziemend nachsuchen und die gegen den Willen der Eltern vollzogene Ehe kann hier die Ausschließung von der Erbschaft nie rechtfertigen, mag die Tochter großjährig oder noch minderjährig seyn, da das Gesetz hiezu justas offensionis causas erfordert, bloße Laune und Willkühr der Eltern aber unmöglich eine solche begründen kann [4]).

Bemerkungswerth ist übrigens die Bestimmung in dem s. g. Interim [5]) Tit. XXI. §. 9. 10., daß die Kin-

1) A. M. ist Glück a. a. O. S. 242.

2) Daß bei Haloander diese Beschränkung fehlt, entscheidet gegen die Richtigkeit der Vulgate nichts. S. Heisler angef. Abhandl. §. 16. Glück a. a. O. S. 242. Biener Gesch. der Novellen Justinian's S. 136. — Uebrigens läßt sich von dieser Enterbungsursache allerdings auch eine Anwendung auf den Fall machen, wenn eine Freigeborne einen Leibeignen heirathet, da der allgemeine Begriff der Unfreiheit ja auch auf diesen paßt.

3) L. 19. D. *de ritu nupt.*

4) Vgl. Heisler a. a. O. §. 17. 18.

5) d. i. kaiserliche Erklärung, wie es der Religion halber

der sich ohne Rath und Bewilligung der Eltern nicht verheirathen, die Eltern aber auch ihre Gewalt in Verhinderung oder Trennung der Ehe nicht mißbrauchen sollen, und ob dieselben den Ungehorsam ihrer Kinder mit Vorenthaltung der Erbschaft, oder zum wenigsten mit Verringerung des Heirathsgutes, oder in andern Wegen zu strafen befugt seyen, dem richterlichen Ermessen zu bestimmen überlassen bleibe. Diese Bestimmung geht ihrer Allgemeinheit wegen auch auf Söhne, und in Partikulargesetzen ist die ohne elterliche Einwilligung vollzogene eheliche Verbindung bisweilen ebenfalls allgemein für eine Enterbungsursache erklärt [6]. Da aber, wo römisches Recht gilt, kann Unzucht oder eine ohne den elterlichen Consens vollzogene Ehe kein Grund seyn, auch Söhne zu enterben [7]), wenn gleich früher dies wohl der Fall war (s. Note 98.)

Die drei zuletzt genannten Enterbungsursachen gehen wieder auf beide Geschlechter. Nämlich die zwölfte bestraft die Descendenten, welche den wahnsinnigen Erblasser vernachlässigten, — ihm die nöthige Aufmerksamkeit und Pflege nicht angedeihen ließen [8]). Die drei-

im Reich bis zu Austrag des gemeinen Concilii gehalten werden soll, auf dem Reichstag zu Augsburg den 15. Mai 1548 publizirt, und von gemeinen Ständen angenommen.

6) S. Joh. Friedr. Hertel's juristische Streitfragen von letzten Willens-Verordnungen und Erbschaften (oder: Politische Thee- und Caffee-Tassen) Nr. XXXII. p. 96. 97. Heisler a. a. O. §. 20. S. 36. und Bd. XXIII. des Comment. §. 1196. S. 55. not. 50.

7) Heisler a. a. O. §. 20 — 23. Glück a. a. O. S. 243.

8) Nov. 115. c. 3. §. 12. „Si quis de praedictis parentibus furiosus fuerit, et ejus liberi, vel quidam ex

zehnte schließt die mindestens achtzehnjährigen Descendenten aus, welche sich nicht beeilen, den in feindliche Gefangenschaft gerathenen Erblasser loszukaufen [9]). Stirbt der Erblasser durch die Nachlässigkeit der Kinder in der Gefangenschaft, so tritt an deren Stelle die Kirche seines Wohnortes [10]), welche das Vermögen zur Lösung

his, *aut liberis ei non exsistentibus, alii ejus cognati, qui ab intestato ad ejus hereditatem vocantur*, obsequium ei et curam competentem non praebuerint; si quidem a tali sanatus fuerit infirmitate, erit ei potestas, utrum velit filium vel filios, *aut cognatos, ingratum vel ingratos in suo scribere testamento.*" (*Vulg.*) Merkwürdig ist es, daß hier auch von Enterbung solcher Intestaterben die Rede ist, die keine Notherbenrechte haben. Dies kann nur so mißverstanden werden, daß, wenn der Erblasser ohne Testament stirbt, regelmäßig die Intestaterbfolge eintritt (*v. de* Poll l. l. cap. 57. §. 4.). Denn das Eintreten des Dritten, welcher sich des Wahnsinnigen annimmt, ist ausdrücklich davon abhängig gemacht, daß der Dritte diejenigen, welche sonst den Wahnsinnigen beerbt haben würden, vergeblich auffordert, sich desselben anzunehmen. — Vgl. über diesen Enterbungsgrund noch Glück a. a. O. S. 224 fg. (nr. 6.). v. Buchholtz a. a. O. S. 136 fg.

9) Glück a. a. O. S. 225 — 227. (nr. 7.). — S. v. Buchholtz a. a. O. S. 138. not. 29.

10) In dem griech. Texte heißt es: ἐξ ἧς ὥρμηται. Dies übersetzen die Vulgate sowohl, als auch Haloander und Hombergk: „ex qua (oder unde) oritur (oder: originem traxit, ortus est“). Doch weist der Ausdruck eigentlich auf den Ort hin, von woher Jemand unmittelbar gekommen, aufgebrochen ist (s. Schneiders Handwörterb. der griech. Sprache v. ὁρμάω unter *b.* a. E. u. *c.*, dann das Glossarium Theophilinum *v.* Ὁρμηθεὶς),

von Gefangenen verwenden soll [11]. Als vierzehnten Grund endlich nennt das Gesetz den Abfall vom wahren christlichen Kirchenglauben, vorausgesetzt, daß der Erblasser selbst diesem angehörte [12]. Daß diese Enterbungsursache zu den heutigen Ansichten nicht passe, ist wohl ziemlich allgemein anerkannt [13], und jedenfalls ist soviel gewiß, daß der von Justinian für die Begriffe von Rechtgläubigkeit aufgestellte Maaßstab heut zu Tage nicht mehr zur Anwendung kommen könne [14]. Neuere Gesetzgebungen weichen über diesen Punkt bisweilen sehr von einander ab. So gilt namentlich im preußischen Landrecht Religionsänderung überall nicht für einen Enterbungsgrund [15], das östreichische Gesetzbuch dagegen erklärt den Abfall von der christlichen Religion dafür [16].

so daß man hier wohl an den Wohnort des Verstorbenen denken darf. S. v. Buchholtz a. a. O. S. 138. not. 30.

11) Der sonstige Inhalt dieser Stelle gehört nicht hieher. S. auch noch v. Buchholtz a. a. O. S. 139.

12) Die davon handelnde Stelle (Nov. 115. c. 3. §. 14.) gehört ebenfalls nur ihrem kleinsten Theile nach hieher.

13) Glück a. a. O. S. 228 fg. (nr. 9.). Bluntschli a. a. O. S. 227. (nr. 11.). Francke Notherbenrecht S. 411. (nr. 14.). Puchta System des gemeinen Civilrechts S. 277. nr. 14.

14) S. auch *Casp.* Manzius de test. valido vel invalido Tit. X. Qu. VI. nr. 60. E. L. Westphal von Testamenten u. s. w. §. 567. S. 431 fg.

15) Allg. Landr. für die preussischen Staaten. Zweiter Theil, zweiter Tit., §. 399 — 409.

16) Allg. bürgerl. Gesetzbuch für die gesammten deutschen Erbländer der Oesterreichischen Monarchie. II. Theil. Vierzehntes Hauptst. §. 768. nr. 1.

§. 1425.

b) für Ascendenten.

In dem vierten Kapitel der Novelle werden acht Gründe aufgestellt, aus denen Ascendenten von ihren Descendenten enterbt werden dürfen. Von diesen geht einer (der dritte) nur auf den Vater, die übrigen beziehen sich gemeinschaftlich auf beide Eltern.

1) Wenn Eltern ihre Kinder einer Kapitaluntersuchung überliefern, außer wegen Hochverraths[17]. Häufig spricht man auch hier von einer öffentlichen Anklage[18]. Dann aber könnte dieser Grund regelmäßig nur auf den Vater, nicht auch auf die Mutter bezogen werden (S. oben S. 142.) Allein im Original heißt es: *Εἰ δὲ γονεῖς εἰς ἀναίρεσιν ζωῆς τοὺς ἰδίους παῖδας παραδοῖεν*, was die Vulgate richtig übersetzt: „Si parentes *ad interitum vitae* liberos suos *tradiderint*“[19]. Es ist also jegliche Art, wie dies geschieht, sey es Anklage, bloßes Angeben, Verrath oder Gewalt, darunter zu verstehen, nur muß es eine Ueberlieferung zur gerichtlichen Untersuchung seyn, wie sich dies von selbst aus der hinzugefügten Ausnahme ergiebt. Herr Prof. v. Buchholtz meint nun, es müsse der Angeschuldigte entweder freigesprochen, oder begnadigt seyn, um seine Eltern

17) Nov 115. c. 4. §. 1. — Glück a. a. O. S. 244. (nr. 1.)

18) z. B. Hellfeld h. §. Hofacker princip. jur. civ. Rom. Germ. T. II. §. 1696. nr. 1., Mackeldey, Lehrbuch §. 660. v. Wening-Ingenheim Lehrbuch Buch V. §. 143. u. A.

19) Haloander: „Si par. lib. suos *ad interitum tradiderint*“; Hombergk: „Si p. l. s. *ad ultimum supplicium dederint*.“

enterben zu können[20]). Er geht nämlich davon aus, daß dem überwiesenen und verurtheilten Verbrecher das Recht ein Testament zu errichten gefehlt habe. Indessen, wie man auch über die Frage denken mag, ob ein zum (natürlichen oder bürgerlichen) Tode rechtskräftig Verurtheilter nach neueren römischen oder heutigen Rechten testiren dürfe[21]), so ist doch außer Zweifel, daß ein Angeschuldigter während der Dauer der Untersuchung (in reatu), und selbst noch nach der Verurtheilung, wenn er appellirt hatte, letztwillig verfügen durfte und sein Testament bei Kräften blieb, wenn er starb, ehe das Erkenntniß die Rechtskraft beschritten hatte[22]). In jedem Falle ist daher die obige Beschränkung nicht genau ausgedrückt.

2) Wenn sie den Kindern durch Gift, Zauberei oder auf andere Weise nach dem Leben trachten[23]).

3) Unzucht des Vaters mit der Schwiegertochter, oder der Concubine des Haussohns[24]). — Der griechische Text spricht von der Gattin und der Beischläferin „τοῦ οἰκείου παιδος.“ Οἰκεῖος bedeutet aber bei den Juristen allemal den Suus[25]), folglich darf man hier

20) a. a. O. S. 141.

21) S. hierüber Bd. XXXIV. d. Comm. §. 1407. S. 85—97.

22) L. 13. §. 2. D. *qui test. fac. poss.* (XXVIII. 1.) L. 6. §. 8. D. *de inj. rupto irr. facto test.* (XXVIII. 3.) — Bd. XXXIV. des Comment. §. 1407. S. 77—80.

23) Nov. 115. c. 4. §. 2. — Glück a. a. O. S. 245. Not. 8.— Vgl. auch oben S. 144 fg.

24) Es gilt hier übrigens das Nämliche, was von der Unzucht des Sohns mit der Beischläferin seines Vaters oben (S. 147 fg.) bemerkt wurde.

25) S. das Glossarium Theophilinum h. v.

nicht, wie doch meistens geschieht, die gesetzliche Disposition von einer Unzucht mit der Frau oder der Concubine des Sohnes überhaupt verstehen, es mag derselbe seines Vaters Gewalt unterworfen seyn, oder nicht [26]). Dagegen ist

4) in Ansehung der vierten Ursache der gewöhnlichen Meinung beizustimmen, welche diesen Grund so ausdrückt: wenn Eltern das Kind an der Errichtung eines Testaments verhindern. Zwar will v. Buchholtz auch diesen Grund auf Hauskinder beschränken [27]), vermuthlich (denn Gründe führte er nicht an), weil a) das Gesetz den Ausdruck gebraucht: *τοὺς ἰδίους παῖδας*; b) weil von Testamenten der Kinder die Rede ist „in rebus, in quibus habent testandi licentiam." Allein der erste Ausdruck wird auch in einem allgemeinen Sinne gebraucht, für eigne Kinder, ohne daß dabei gerade an ein Gewaltverhältniß gedacht wird [28]), und der zweite Grund beweis't allerdings, daß der Gesetzgeber auch die Hauskinder vor Augen hatte, welche nur über ihr castrense und quasi castrense peculium testiren durften [29]), allein ein argumentum a contrario wird dadurch noch keineswegs gerechtfertigt.

26) Die richtige Erklärung hat v. Buchholtz a. a. O. S. 141. nr. 3. u. Note 33.

27) a. a. O. S. 141. nr. 4.

28) So ist auch in der vorausgehenden Stelle (§. 3.) von *ἰδία νύμφη*, d. h. der eignen Gattin die Rede, und in cap. 3. §. 8. wird *τῶν ἰδίων γονέων* (der Eltern) gedacht.

29) Pr. J. in f. *quib. non est permiss. facere test.* — Vgl. Bd. XXXV. des Comment. §. 1421. a. S. 194—219. — Dort ist auch nachgewiesen, daß das Privilegium des

5) Wenn ein Ascendent seinen Ehegatten durch Gift des Lebens oder des Verstandes zu berauben suchte[30]), oder ihm sonst nach dem Leben trachtete. Nach der gewöhnlichen Meinung muß die Unthat wider den leiblichen Ascendenten (Vater oder Mutter) des testirenden Kindes verübt seyn[31]); allein das Gesetz spricht nur von dem Gatten des strafbaren Ascendenten, ist also auch (da sich mit Sicherheit die entgegenstehende Absicht des Gesetzgebers nicht nachweisen läßt,) auf den Fall zu beziehen, wenn das Verbrechen wider den Stiefvater oder die Stiefmutter des Erblassers begangen wird[32]).

6) Wenn die Eltern sich ihres wahnsinnigen Kindes nicht annehmen[33]) — So wie hier, so sollen auch nach

Inhabers eines peculium castrense oder quasi castrense, seine Notherben willkührlich zu übergehen, sich mit dieser Bestimmung der Novelle nicht verträge (s. insonderheit den daselbst angeführten Francke im Notherbenrecht S. 450 — 453), wovon freilich Manche das Gegentheil behaupten, z. B. Vinnius ad §. 6. J. *de exher. liber.* nr. 1. und v. *de* Poll l. l. cap. 60. §. 2.

30) Glück a. a. O. S. 246. (nr. 5.) sagt: „wenn der Vater u. s. w. Gift giebt, so daß entweder das Leben oder der Verstand dadurch verloren geht." Allein das Gesetz erfordert nur, daß es zu einem solchen Zwecke gegeben, nicht aber, daß der beabsichtigte Erfolg auch wirklich eingetreten sey.

31) Auch noch von Bluntschli (a. a. O. S. 229. nr. 5.) und von Francke (a. a. O. S. 411. nr. 5.) wird dies angenommen.

32) v. Buchholtz a. a. O. S. 142. not. 37. a.

33) Nov. 115. c. 4. §. 6. — „omnia et hic observari praecipimus, quae de parentibus furiosis superius disposuimus." (Glück a. a. O. S. 246. nr. 6.).

der ausdrücklichen Bestimmung des Gesetzes in dem folgenden Falle

7) wenn Eltern die in feindlicher Gefangenschaft befindlichen Kinder nicht loszukaufen bemüht sind, ganz dieselben Bestimmungen zur Anwendung kommen, welche für gefangene Ascendenten gelten [34]). Und ein Gleiches gilt

8) von dem letzten Grunde: wenn die Eltern vom wahren christlichen Glauben abfallen [35]).

§. 1425. a.

Allgemeine Bemerkungen über die Enterbungsgründe.

Zuvörderst frägt es sich: ob die Enterbungsursachen, wenn sie auch nur einen der Ascendenten, oder einen der Descendenten berühren, dennoch auch einem anderen einen gerechten Grund zur Ausschließung gewähren? [36]). Kann also z. B. die Mutter den Sohn enterben, weil dieser

34) c. 4. §. 7. — — — „omnia in hoc quoque capitulo serventur, quae et de parentibus, vel cognatis atque agnatis, qui ab intestato ad talium personarum jura vocantur, aut de extraneis scriptis heredibus supra censuimus.“ — S. oben S. 165.

35) c. 4. §. 8. „Si quis de praedictis liberis orthodoxus constitutus senserit suum parentem vel parentes non esse catholicae fidei: haec et in eorum persona tenere, quae supra de parentibus jussimus.“

36) Die meisten Juristen übergehen diese Frage entweder ganz mit Stillschweigen, oder beschränken dieselbe doch auf eine oder die andere Enterbungsursache, insbesondere auf zugefügte Injurien, wie dies z. B. auch bei Glück der Fall ist (s. Bd. VII. des Comment. §. 551. S. 215.). Im Zusammenhange ist sie erörtert bei v. Buchholtz a. a. O. S. 144 — 148.

dem Vater eine schwere Beleidigung zugefügt, — der Sohn den Vater, weil dieser seiner Tochter nach dem Leben gestellt hat? Die Gründe für die bejahende Meinung sind etwa folgende: das Gesetz spricht nur ausnahmsweise von dem Enterbungsrecht des Erblassers [37]), in der Regel aber ganz allgemein von dem Recht der Eltern, undankbare oder schlecht gesinnte Kinder, so wie von dem Rechte der Kinder, lieblose oder unwürdige Eltern auszuschließen [38]). Indessen die Allgemeinheit des Ausdrucks beweist hier überall nichts. Denn, wenn z. B. das Gesetz sagt: Kinder sollen enterbt werden dürfen, wenn sie die Eltern beleidigen, so liegt es doch gewiß sehr nahe, dies so zu verstehen: Eltern können ihre Kinder enterben, von denen sie beleidigt sind. Beide Eltern sollen dies Recht haben, darum drückt sich der Gesetzgeber allgemein aus [39]). Und da überdies im Eingange von Enterbungen die Rede ist, welche Vater oder

37) So bei der zwölften und dreizehnten Enterbungsursache für Descendenten, was also auch von der sechsten und siebenten für Ascendenten gelten muß (s. die Noten 33. 34.)

38) *Fr. G.* Pufendorf obs. jur. univ. T. II. obs. VI., welcher die aufgeworfene Frage bejahet, führt auch noch den Grund an, daß eine justa irascendi causa, wie das Gesetz zur Rechtfertigung einer Enterbung doch nur erfordere, doch wohl in der Regel vorhanden seyn werde, wenn der Ehegatte oder die Ehegattin des Erblassers beleidigt worden (ibid. §. 2.). Allein Justinian schrieb ja vor, daß eine der von ihm bestimmten Enterbungsursachen vorhanden seyn müsse; die Berufung auf eine justa irascendi causa, welche freilich früher statt finden konnte, wenn sie nur gerechtfertigt erschien, ist also gerade durch sein neuestes Gesetz aufgehoben.

39) S. *C. F.* Hommel Rhapsod. quaestion. obs. 260.

Mutter, Großvater oder Großmutter verfügen (d. h. der eine oder die andere, je nachdem dazu die individuelle Veranlassung vorhanden ist), so brauchte es auch nicht bei jedem einzelnen Grunde gesagt zu werden, daß derselbe, sofetne dadurch ein liebloses Betragen gegen die Eltern angedeutet wird, gerade in individueller Beziehung, d. h., für den Erblasser selbst eintreten müsse. Nur wenn sich eine Veranlassung fand, von der Person des Erblassers zu sprechen, und der Gesetzgeber sich dennoch allgemein ausdrückte, könnte dies bezweifelt werden. Allein in solchen Fällen ist der Ausdruck stets so gewählt, daß jede Zweideutigkeit wegfällt. So heißt es beim achten Grunde (Cap. 3.) nicht: wenn Kinder ihre Eltern nicht aus der Gefangenschaft durch Bürgschaft befreien wollen, so sollen sie von ihrer Verlassenschaft ausgeschlossen seyn, sondern (weil jener Ausdruck allenfalls hätte gemisdeutet werden können): wenn Jemand von den Eingangs genannten Ascendenten in Gefangenschaft gerathen und das zu dieses Ascendenten Verlassenschaft durch das Gesetz berufene Kind sich für ihn nicht verbürgen wollte u. s. w. Und aus derselben Ursache wird bei dem zwölften und dreizehnten Grunde das Enterbungsrecht ausdrücklich dem vernachlässigten Ascendenten selbst zugeschrieben, ohne daß der geringste Grund vorhanden ist, dies etwa für Ausnahmen von einer entgegenstehenden Regel halten zu dürfen; denn nimmt man z. B. an, daß die Mutter wegen der dem Vater zugefügten schweren Injurie den Sohn enterben durfte, so ist nicht einzusehen, warum sie dazu hätte minder berechtigt seyn sollen, wenn der Sohn sich um seinen wahnsinnigen Vater nicht bekümmerte, oder ihn in feindlicher Gefangenschaft umkommen ließ! Zu

diesem allen kommt aber noch ein sehr wichtiges Argument hinzu. Das Gesetz nennt die Enterbungsursachen für Kinder ingratitudinis causas (ἀχαριστιας αἰτίας), und auf ähnliche Art werden sie in früheren Gesetzen als justae offensionis causas bezeichnet [40]), die der Enterbung Würdigen aber ingrati genannt [41]). Zwar giebt es einzelne Gründe, welche überall nicht eine Richtung des gerügten schlechten Betragens wieder die Person des Erblassers, sondern nur eine gerechte Entrüstung desselben über schlechtes und unwürdiges Betragen des Auszuschließenden voraussetzen; nämlich der vierte, zehnte, eilfte und vierzehnte gehört dahin. Man könnte also wohl sagen: auch das wider den einen Ehegatten bewiesene lieblose Betragen kann den anderen mit gerechtem Zorn erfüllen, mithin für ihn eine justa offensionis causa seyn. Allein dergleichen Schlußfolgerungen a pari ratione sind bei der Interpretation und Anwendung dieses Gesetzes überhaupt unzulässig, und überdies sind ja Strafbestimmungen (wohin auch die Festsetzung der Enterbungsursachen gehört [42])) stets milde, d. h. soviel als möglich zu Gunsten dessen, den die Strafe trifft, auszulegen [43]). Eine andere Frage ist, ob und in wieferne die dem einen Ehegatten zugefügte Beleidigung, wirklich oder im Rechtssinne, zugleich als Beleidigung des anderen angesehen werden kann, und ob, wenn man dies bejahet, der nur mittelbar Beleidigte dadurch zur Enterbung des Beleidi-

40) L. 18. 20. 22. 23. 28. C. *de inoff. test.*

41) Z. B. L. 28. L. 30. pr. C. *de inoff test.*

42) Nov. 115. c. 4. in f.

43) L. 42. D. *de poenis* (XLVIII. 2.). L. 155. §. 2. D. *de reg. jur.* — Hommel l. l.

gers berechtigt wird? Davon aber ist hier nicht die Rede, sondern es frägt sich jetzt nur: ob der Gesetzgeber wollte, daß schlechtes und liebloses Betragen gegen einen Ascendenten auch dem anderen ein Recht zur Ausschließung gebe? Wenn nun diese Frage aus den angeführten Gründen zu verneinen war, so versteht es sich von selbst, daß das Nämliche auch von den Enterbungsursachen gelten müsse, wegen deren ein Ascendent von der Erbschaft seines Descendenten ausgeschlossen werden kann. Denn, konnte gleich hier nicht von causae ingratitudinis gesprochen werden, so paßt doch immer der Begriff einer justa offensio, und in aller anderen Hinsicht sind die Gründe, weshalb dem Descendenten das Enterbungsrecht aus der Person eines Dritten abgesprochen werden muß, noch bei weitem stärker. Nur in einem Falle ist das Gegentheil ausdrücklich bestimmt, indem das Kind berechtigt ist, den einen Ascendenten von der Erbschaft auszuschließen, weil dieser dem anderen nach dem Leben trachtete (Nov. 115. c. 4. §. 5.).

Hiernach lassen sich denn die einzelnen Streitfragen leicht entscheiden. So kann z. B. der Sohn darum von seiner Mutter nicht enterbt werden, weil er den Vater beleidigte, oder mit der Concubine des Vaters unkeusch lebte [44], und eben so wenig ist die Tochter berechtigt den Vater zu enterben, weil dieser sich mit der Concubine des Sohns einläßt [45]. — Von selbst versteht es

44) Die Frage kann übrigens nur unter der Voraussetzung aufgeworfen werden, daß die Ehe schon getrennt war, indem sonst die Beischläferin des Vaters überhaupt nicht das Recht einer Concubine hatte. *Pauli* sent. rec. Lib. II. Tit. XII. §. 1. L. un. Cod. *de Concubinis* (V. 26.).

45) v. Buchholz, welcher die richtige Ansicht vertheidigt,

sich übrigens, daß, wenn das Gesetz den Ascendenten ein Enterbungsrecht, nicht wegen gegen sie verübter Beleidigung, sondern wegen einer gewissen Lebens- oder Handlungsweise des Descendenten, jedoch mit der Beschränkung giebt: falls nicht die Eltern selber der gerügte Vorwurf treffe (also im zehnten und vierzehnten Falle), — alsdann das Nämliche gilt, d. h. von mehreren Ascendenten nur derjenige aus einem solchen Grunde enterben darf, welcher sich nicht in derselben Lage mit dem Kinde befindet [45a]).

Justinian sagt: „praeter illas nulli liceat, ex alia lege ingratitudinis causas opponere, nisi quae in hujus constitutionis serie [46]) continentur" [47]). Daß durch diese Bestimmung auch die logische Ausdehnung der genannten Fälle auf nicht genannte ausgeschlossen seyn solle, hat gewiß die überwiegenden Gründe für sich [48]).

scheint dennoch in den beiden zuletzt erwähnten Fällen davon abzuweichen, wenn er frägt: ob im Fall des Umgangs mit der Maitresse des Vaters wegen par turpitudo des letzteren nicht etwa nur der Mutter, und eben so, ob im Fall des unerlaubten Umgangs mit der Maitresse des Haussohns nicht etwa blos der Tochter das Enterbungsrecht zustehe? (a. a. O. S. 131 fg. not. 11. b. u. S. 141. Not. 34.). Denn dies kann doch wohl nur so verstanden werden, daß im ersten Falle die Mutter wegen der dem Vater, im letzten die Töchter wegen der ihrem Bruder zugefügten Schmach zur Enterbung berechtigt sey.

45a) v. Buchholtz a. a. O. S. 147.

46) So übersetzt auch Homberg das τῷ ὕφει (oder τῇ ὑφῇ), besser Haloander: contextu.

47) Nov. 115. c. 3. pr.

48) Bekanntlich ist diese Frage sehr bestritten. Eine Reihe von Schriftstellern, welche sich entweder gegen oder für

Zwar hat dies der Kaiser nicht ausdrücklich gesagt; er

die Ausdehnung erklärt haben, findet sich bei Glück a. a. O. S. 248 fg. Not. 11. 12. Von älteren Schriftstellern ist für die Ausdehnung auch *Casp.* MANZIUS de testamento valido vel invalido Tit. X. Qu. IX. X., und besonders *Ulr.* HUBER prael. ad Inst. Lib. II. Tit. XIII. §. 10. 11. 12., welcher bemerkt, daß nach der zu seiner Zeit herrschenden und auch von ihm für richtig gehaltenen Ansicht geringfügigere Ursachen, als die in der Novelle angeführten, oder auch durchaus verschiedene allerdings ausgeschlossen seyen, nicht aber „similes vel atrociores in eodem genere.“ Dieser Meinung schließt sich auch an: *Sam.* STRYK cautel. testamentor. cap. XIX. §. 22 — 24. Das Gegentheil vertheidigt *Sam. de* COCCEJI jus civile controv. Lib. V. Tit. II. Qu. 13. und diese Ansicht erhält auch stets mehr Anhänger. Ihr stimmen namentlich bei: Glück a. a. O., Thibaut System des Pandektenrechts Bd. II. §. 814, auch in den Versuchen über einzelne Theile der Theorie des Rechts. Bd. I. S. 325 — 331. und Theorie der logischen Auslegung des röm. Rechts §. 18. nr. 5. S. 83 fg. (d. 2ten Aufl.); ferner Mackeldey Lehrbuch §. 660. a. E. v. Wening-Ingenheim Lehrb. des gem. Civilrechts Buch V. §. 142 Seuffert Lehrb. des pract. Pandektenrechts Bd. III. §. 656. Valett Notherbenrecht §. 32. v. Hartitzsch Erbrecht §. 120. WARNKOENIG comment. jur. Rom. priv. T. III. §. 1030. p. 295. — Auch Hufeland (Lehrb. des Civilrechts Bd. II. §. 1116. not. b.) bekennt sich insoferne zum Anhänger dieser Meinung, als er die Andersdenkenden als Dissentienten anführt. In der That aber geht seine eigne Meinung dahin: daß die besonderen Gründe, welche aus diesem Gesetze noch abgeleitet werden könnten, ebenfalls gelten müßten, nur nicht die aus einem anderen Gesetze abzuleitenden. Der Hauptsache nach schließt Hufeland sich also den Gegnern an. Das Nämliche gilt auch von Bluntschli Erbfolge gegen den

will nur, daß außer den im Gesetz enthaltenen Enterbungsursachen keine weiter gelten sollen. Enthalten in dem Gesetz ist aber Alles, was sich aus dessen Gründen entwickeln läßt, und so steht denn der buchstäbliche Ausdruck des Gesetzes ganz gewiß einer logischen Ausdehnung desselben nicht im Wege. Hiezu kommt denn noch, daß es doch fast unbegreiflich erscheint, wie der Kaiser eine Reihe von eben so schweren und zum Theil noch schwereren Vergehen, die überdies mit den genannten sehr nahe verwandt sind, übersehen konnte, wenn er wirklich meinte, daß die von ihm aufgezählten Ursachen nur ihrem buchstäblichen Inhalte nach gelten sollten. So namentlich: Blutschande mit der leiblichen Mutter (das Gesetz verbietet nur die Unzucht mit der Stiefmutter), ein Zwang zur Errichtung eines Testaments (nach dem Gesetz ist nur das Verhindern für strafbar erklärt), die Bewirkung der Einsperrung des Vaters oder der Mutter in ein Schuldgefängniß (das Gesetz nennt nur die Weigerung, durch Verbürgung die gefangenen Eltern aus dem Schuldgefängnisse zu befreien u. s. w.) [49]. Auf der andern Seite dagegen ist eine eigentlich logische Aus-

letzten Willen S. 230 fgg. Denn er meint, daß Justinian an absolute Vollständigkeit wohl nicht gedacht habe und daher, wenn sich nachweisen lasse, daß eine nicht ausdrücklich aufgezählte Ursache auf demselben Grundgedanken beruhe, auf den sich die angeführte stützt, man sie auch eben so gelten lassen müsse. Einen Mittelweg schlägt Francke ein (Notherbenrecht S. 412—414.); sie zu prüfen, wird weiter unten eine Gelegenheit seyn.

49) Ueber diese und andere Fälle s. *Ulr.* Huber praelectiones ad Inst. Lib. II. Tit. XIII. §. 10. *Luc. v. de* Poll de exher. et praet. cap. 86. Höpfner's Commentar §. 480. Glück a. a. O. S. 250—252.

dehnung des Gesetzes mit der deutlich ausgesprochenen Absicht des Kaisers schlechterdings nicht zu vereinigen. Der Gesetzgeber wollte nämlich auch in diesem Punkt eine wesentliche Reform einführen; er wollte Festigkeit und Sicherheit des Rechts da bewirken, wo nach seiner Meinung bisher nur Unbestimmtheit, Zufall und Richterwillkühr geherrscht hatte. Läßt man hier nur Schlußfolgerungen ex ratione legis zu, so ist in der That Alles beim Alten geblieben[50]. Nach dem bisherigen Rechte erschien die Ausschließung gerechtfertiget, wenn eine solche Aufführung des Notherben nachgewiesen werden konnte, welche eine Verworfenheit der Gesinnung, oder einen hohen Grad der Lieblosigkeit gegen den Erblasser bezeugten. Führen wir nun die justinianischen Enterbungsursachen (mit Ausnahme der letzten, welche mit andern nichts gemein hat) auf ihre Gründe zurück, so sind diese: Lieblosigkeit gegen den Erzeuger oder die Erzeugten, schlechte und unmoralische Gesinnung, verächtliche Lebensweise. Welch ein weites Feld für Parteien-Streitigkeiten und richterliches arbitrium, wenn hieraus soll weiter argumentirt werden können! Und wenn man auch die Beschränkung hinzufügt, daß die Ursachen, worauf die genannten ausgedehnt werden könnten, ejusdem generis[51]), oder, wie Andere sagen: daß sie dieselbe Natur haben und eben so strafwürdig seyn müßten[52]),

50) S. Viglius Zuichemus ad §. ult. Inst. de exher. liberor. *Hub.* Giphanius ad auth. *non licet* Cod. *de lib. praeter.* (in der explanatio difficilior. legum Cod. ad Lib. VI. pag. 71. Nr. III.) — Vgl. Glück a. a. O. S. 253 fg.

51) So *Ulr.* Huber prael. ad Inst. tit. de liber. exher. §. 10. Stryk. l. l. §. 24.

52) Auf diese Art äussert sich Francke Notherbenrecht S. 413.

so ist damit doch nur scheinbar etwas gewonnen. Denn wo will man hier die Gränze annehmen, um zu bestimmen, ob ein nicht genannter Ausschließungsgrund demselben, oder einem verschiedenen Gattungsbegriff angehöre? Welches schwere Verbrechen giebt es wohl, worauf die Bestimmung wegen Giftmischerei nicht ausgedehnt werden könnte, wenn man hier überhaupt ausdehnen will? Und welche Art von Lieblosigkeit gegen Eltern oder Kinder wäre nicht durch Enterbung zu bestrafen, wenn man die Vernachlässigung der von einer Gemüthskrankheit Befallenen auf ähnliche Fälle anwenden dürfte. Man wird sagen: daß ein solcher Fall doch gewiß eine härtere Rüge verdiene, wie mancher andere, wobei ebenfalls liebloses Betragen zu Grunde liegt, — daß es hier also innere Verschiedenheiten und Abstufungen gebe, die sich nicht schwer erkennen lassen. Dies ist ganz richtig, aber man versuche doch nur eine Ausdehnung auf nicht genannte Fälle und bemühe sich alsdann, eine feste Gränze aufzufinden, über welche hinaus man hier nicht gehen dürfe. Ob man sie finden werde, ist gewiß sehr zu bezweifeln!

So unbefriedigend daher auch das Resultat für den Verstand ist, so zwingt uns doch Alles eine logische Ausdehnung des justinianischen Enterbungsgesetzes zu verwerfen, und namentlich die folgenden Handlungen nicht als Enterbungsursachen gelten zu lassen: Unzucht mit der Braut des Sohnes, oder mit der Stieftochter, oder mit dem Schwiegersohn; die Unter-

Wenigstens kann der von ihm gewählte Ausdruck sehr leicht so gedeutet werden, daß er unter gewissen Beschränkungen eine Ausdehnung der Enterbungsursachen *ob paritatem rationis* für zulässig erkläre.

lassung, gegen Mißhandlungen Anderer die Eltern in Schutz zu nehmen; die Anschließung an Räuberbanden, oder die sonstige Verübung grober Verbrechen außer den im Gesetz genannten; die Vernachlässigung der erforderlichen Pflege kranker Eltern u. dgl. m. So wie indessen die Praxis und Particulargesetze hier öfters nachgeholfen haben, so ist auch keineswegs eine freie Auslegung und Anwendung des Gesetzes ausgeschlossen. Wenn nämlich eine Enterbungsursache in dem Gesetze durch einen allgemeinen Begriff bezeichnet ist, welcher eine Reihe an sich verschiedenartiger, aber sämmtlich unter diesem Begriff zu subsumirender Handlungen umfaßt, so ist derselbe auch in seiner Allgemeinheit und Unbeschränktheit zu verstehen. Daß der Gesetzgeber aber außerdem noch einen oder den andern, ebenfalls unter diesen Begriff gehörenden Fall speziell genannt hat, beweis't dagegen nichts. Ob die Häufigkeit des Falles, ob das Auffallende und Gehässige desselben, oder welcher Grund sonst den Gesetzgeber bestimmte, ihn besonders hervorzuheben, kann hier nicht in Betracht kommen. Genug, er stellte einen allgemeinen Begriff auf, ohne ihn einzuschränken; wir dürfen also annehmen, daß wir nur in seinem Sinne verfahren, wenn wir diesen Begriff nach allen seinen möglichen Beziehungen anwenden. So umfaßt die zweite Enterbungsursache: si gravem et inhonestam injuriam parentibus ingesserit, manche der Fälle, worüber gestritten wird[53]. Blutschande mit der leiblichen Mutter

53) *Corn. v.* Bynkershoek (obs. Lib. V. cap. V.; opp. omn. T. I. p. 138.) glaubt sogar, daß dieser eine Grund alle übrigen, so wie die vermeinten Ausdehnungen mit umfasse, und daher die Streitigkeiten hierüber ohne alle Bedeutung seyen: „quia ὕβρις vox est generalis, et

ist ohne Zweifel eine schwere Injurie für den Vater, und eben so Unzucht mit des Vaters Braut[54]), oder mit der Schwester[55]); denn daß die mittelbare Injurie allemal auch für das Individuum, welches zunächst Gegenstand derselben ist, eine Injurienklage bewirke, ist nicht gerade erforderlich[56]). Dagegen muß sie stets auch als eine solche für den Erblasser betrachtet werden können, und das ist sie nicht schon allemal darum, weil sie eine schwere Ehrenkränkung für den unmittelbar Beleidigten enthält. Man kann also die Frage: ob die der Mutter, oder Stiefmutter zugefügte Beleidigung dem Vater einen gerechten Grund zur Enterbung gebe, nicht so schlechthin verneinen, wie freilich gewöhnlich geschieht[57]), sondern es kommt hier Alles auf die Art der Beleidigung und auf die Umstände an, unter welchen sie erfolgt[58]). Wenn z. B. der Mutter, oder Stiefmutter an einem öffentlichen Orte, wo sie sich in Begleitung ihres Gatten befindet, durch Worte oder Handlungen eine schwere Kränkung zugefügt wird, so ist der Vater zwar nur mittelbar, aber ebenfalls schwer beleidigt.

nunc quamcunque injuriam, nunc contumeliam significat, negari nequit, quia ad omnes causas porrigi possit, quibus injuria vel contumelia fit parentibus, ut et usu porrigitur, si res incidat. *Quare inanis mihi semper visa est interpretum velitatio, an aeque graves vel graviores causae, quam enumerat dict. cap. 3., post eam legem admitti possint?*"

54) L. 7. Cod. *ad Leg. Jul. de adulter.* (XI. 9.)

55) Arg. L. 2. C. *de injur.* (IX. 35.)

56) L. 1. §. 5. D. *de injur.* (XLVII. 10.)

57) S. Glück a. a. O. S. 216. 217. Francke Notherbenrecht S. 405.

58) *Pufendorf* observat. jur. univ. T. II. obs. VII.

Aber auch selbst ein Hinausgehen über den Wortverstand läßt sich rechtfertigen, ohne daß man darum schon von einer Ausdehnung des Gesetzes nach seinem Grunde sprechen darf. So oft nämlich eine Handlung zwar an sich verschieden ist von der im Gesetz genannten, allein im juristischen Sinne eben so viel bedeutet wie diese, steht sie auch unter der Bestimmung des Gesetzes, da angenommen werden muß, daß der Gesetzgeber seine Disposition und deren Anwendung den sonst geltenden juristischen Begriffen und Regeln unterwerfen wolle. Die Enterbung muß hiernach für begründet gehalten werden, wenn der Sohn zwar nicht selbst eine Criminalanklage vornimmt, aber einen andern dazu veranlaßt, und eben so, wenn Kinder auch nur mittelbar eine Testamentserrichtung zu verhindern suchen, indem sie z. B. bewirken, daß die aufgeforderten Zeugen nicht erscheinen [59]).

Uebrigens findet sich auch in neueren Gesetzgebungen bisweilen eine spezielle Aufzählung der Enterbungsursachen mit einem Verbot der Ausdehnung auf ähnliche Fälle. So im preußischen Landrechte [60]), wo übrigens durch die Fassung der einzelnen Gründe auf Vermeidung

59) Vgl. *Ge. Ad.* Struve Synt. jur. civil. Exerc. XXXII. §. 33. Cocceji jus civile controversum Lib. V. Tit. II. Qu. XIII. Thibaut Theorie der log. Auslegung §. 18. a. E. S. 84. Glück a. a. O. S. 254 fg.

60) Zweiter Theil. Tit. II. §. 399 — 410. In dem letzten §. heißt es: „Nur aus diesen angeführten, nicht aber aus anderen, wenn auch denselben gleich oder ähnlich scheinenden Ursachen kann die gänzliche Enterbung eines Kindes statt finden." — Dann folgen noch einige Bestimmungen über das Recht der Eltern, die Kinder bis auf die Hälfte des Pflichttheils zu enterben. §§. 412. 413.

von Streitigkeiten, wie die oben erwähnten, Bedacht genommen ist[61]). Auch das allgemeine bürgerliche Gesetzbuch für die deutschen Erbländer der österreichischen Monarchie macht besondere Enterbungsursachen namhaft[62]), fügt indessen die allgemeine Bestimmung hinzu, daß einem Notherben auch solcher Handlungen wegen, die einen Erben nach den §§. 540 — 542. des Erbrechts unwürdig machen, durch die letzte Willenserklärung der Pflichttheil entzogen werden kann[63]).

Noch ist in Ansehung der möglichen Anwendung der gesetzlichen Enterbungsursachen Folgendes zu bemerken:

I) Das Gesetz setzt nicht blos das Daseyn der in demselben genannten Handlung oder Thatsache an sich, sondern auch eine Schuld des Auszuschließenden, — mithin eine justa offensionis causa voraus. Es fällt daher das Enterbungsrecht weg:

a) wenn es an der Zurechnungsfähigkeit für den Auszuschließenden fehlt, also namentlich wenn dieser noch infans ist (unter dem Alter von 7 Jahren steht)[64]). Ist er zwar infantia major, aber noch unmündig, so hängt

61) z. B. §. 405. „Wenn Kinder mit dem anderen Theile der leiblichen oder Stiefeltern blutschänderischen oder ehebrecherischen Umgang gepflogen haben", und §. 409: „Wenn das Kind bei erhaltener ehrbaren Erziehung durch grobe Laster, schändliche Aufführung oder durch die Wahl einer niederträchtigen Lebensart sich bei seinen Standesgenossen öffentlich entehrt hat."

62) II. Theil. Vierzehntes Hauptstück §. 768.

63) a. a. O. §. 770.

64) L. 33. §. 1. C. *de inoff. test.* — „Quum enim infantem suum non posse ingratum a matre sua vocari scripsit." —

Alles von der individuellen Zurechnungsfähigkeit ab, wobei denn der bekannte Unterschied zwischen plena und minus plena pubertas zu berücksichtigen ist[65]). In einem Falle erfordert das Gesetz selbst ein wenigstens achtzehnjähriges Alter[66]).

b) Wenn die von einem Descendenten dem Ascendenten zugefügten Mißhandlungen, von diesem selbst veranlaßt sind, jener dabei auch nicht weiter gegangen ist, als die Pflicht der Selbstvertheidigung erforderte; wenn also das Kind sich im Zustande gerechter Nothwehr befindet, — z. B. die Tochter unzüchtigen Zumuthungen des Vaters, der Sohn die Tödtung durch Gewalt abzuwehren sucht[67]).

II) Es ist zwar eine sich von selbst verstehende Bedingung der Enterbung, daß der Erblasser noch zur Zeit der Testamentserrichtung eine Ursache habe, dem Notherben zu zürnen. Gebesserte oder geänderte Lebensweise in dem vierten und zehnten Enterbungsfalle, die erfolgte Rückkehr zur wahren christlichen Religion in dem vierzehnten Falle, eingetretene Versöhnung und Verzeihung in den übrigen Fällen schließen das Enterbungsrecht der Eltern aus; und ein Aehnliches gilt in Beziehung auf das Enterbungsrecht der Descendenten. Ob auch die in einem vorhandenen Testamente bereits ausgesprochene Enterbung dadurch wieder vernichtet werde? ist sehr streitig. Die verneinende Meinung hat wohl das Meiste für sich, da eines Theils nur das Vorhandenseyn eines Enterbungs-

65) S. meine doctr. Pandectarum Vol. I. §. 178. Note 7. 13. (ed. 3.)

66) Nov. 115. c. 3. §. 13.

67) S. v. *de* Poll de exher. et praeter. cap. XLVIII. §. 26. 27.

grundes zur Zeit der Testamentserrichtung erfordert wird, andern Theils die Annahme, daß wirklich eine Versöhnung und Verzeihung erfolgt sey, doch immer sehr bedenklich ist, wenn der Beleidigte ein von ihm errichtetes Testament nicht aufhebt[68]).

Ein Versprechen, nicht enterben zu wollen, kann übrigens gar nicht berücksichtiget werden, sofern dadurch nicht die Verzeihung einer verübten Beleidigung ausgesprochen ist; denn sonst würde darin der Erlaß eines künftigen dolus liegen, was nach bekannten Rechtsregeln keine Wirkung hat[69]). Eben so wenig kann eine Com-

68) S. Pufendorf observ. jur. univ. T. II. obs. 8. — Zahlreiche Schriftsteller für und gegen diese Meinung führt an Glück a. a. O. S. 217—223. Er selbst vertheidigt die entgegenstehende Ansicht, nur mit der Einschränkung, daß bloße Reue, ohne erfolgte Aussöhnung gar keine Wirkung habe (a. a. O. S. 222.). Für die verneinende Meinung erklären sich auch meine doctrina Pand. Vol. III. §. 683. in f. u. Haimberger jus Rom. privat. §. 330. in f.; für die bejahende: Thibaut Pandektenrecht §. 814. Mackeldey Lehrb. §. 660. a. E. u. Francke Notherbenrecht S. 415. a. E. fg. — Eine Mittelmeinung vertheidigt Valett Notherbenrecht §. 33. Nach ihm soll darauf gesehen werden, ob die Verzeihung nach dem Willen des Verzeihenden auch die Wirkung haben solle, daß auch die gemachte Exheredatio ungiltig sey, oder nicht, und im ersten Falle dem Willen des Erblassers nachgegangen werden. — Bluntschli will überhaupt Alles nach der Individualität des einzelnen Falles bestimmt wissen, mithin die Entscheidung ganz dem freien richterlichen Ermessen überlassen (a. a. O. S. 233.).

69) L. 23. D. *de regul. jur.* — S. *Casp.* Manzius de test. valido vel invalido. Tit. X. Qu. XII. nr. 2.

pensation der enterbungswürdigen Handlung mit sehr verdienstlichen Handlungen des Notherben hier statt finden, indem dadurch das Geschehene nicht ungeschehen gemacht wird [70]. Fragen der Art aber, wie sie die früheren Rechtslehrer wohl bisweilen beschäftigten: ob nicht die Enterbungsursache ihre Wirkung verliere, wenn der Notherbe sich dem geistlichen Stande widme [71]? wird man jetzt schwerlich der Beantwortung werth finden.

§. 1425. b.

B) Sonstiger Inhalt des Gesetzes, a) an sich betrachtet.

Daß die Nov. 115. nur von solchen Descendenten und Ascendenten spricht, welche bisher schon Notherben im weiteren Sinne waren, d. h. ein Pflichttheilsrecht hatten, ist gar keinem Zweifel unterworfen. Eben so nehmen wir hier als ausgemacht an, daß die in ihr enthaltene Neuerung nicht auf Geschwister gehe, sondern für diese das ältere Recht nach wie vor geltend geblieben sey (§. 1425. d.). Dies vorausgesetzt entsteht nun zuvörderst die Frage: hat das Gesetz allen pflichttheilsberechtigten Descendenten und Ascendenten Notherbenrechte im engeren Sinne gegeben, d. h. ein Recht auf förmliche Einsetzung oder Enterbung, oder es in dieser Hinsicht bei dem früheren Rechte gelassen? Diese Untersuchung fällt keineswegs mit der des folgenden §. über das Verhältniß des Rechts der Novelle zu dem bisherigen Impugnativmittelsystem zusammen, obwohl sie dieselbe in einigen Puncten berührt. Man kann sich zu der Ansicht bekennen, daß die Novelle 115. das ganze bisherige Notherbenrecht für Descendenten und Ascen-

70) Manzius l. l. Qu. XII. nr. 13.
71) Manzius l. l. Qu. XII. nr. 14 sqq.

deuten wesentlich umfasse, daneben aber annehmen, daß Justinian das förmliche Notherbenrecht nicht nur erhalten, sondern in subjectiver Hinsicht noch erweitert habe. Hält man nicht jegliche Art und Weise, wie der Pflichttheil den Notherben zugewandt wird, für gleichbedeutend mit einer Erbeinsetzung, so besteht auch nach dem Rechte der Novelle 115 immer noch eine practisch wichtige Verschiedenheit zwischen förmlichem Notherbenrecht und bloßem Pflichttheilsrecht. In Beziehung auf die Ausschließung der Notherben scheint nun zwar das practische Interesse jenes Unterschieds ganz wegzufallen, sobald man der Meinung ist, daß immer eine und dieselbe Wirkung eintrete, es mag der Notherbe ganz mit Stillschweigen übergangen, oder zwar enterbt seyn, aber ohne Anführung einer gesetzlichen Enterbungsursache, oder es mag nur der angeführte Enterbungsgrund von dem eingesetzten Erben nicht erwiesen werden können. Aber auch selbst unter dieser Voraussetzung behält der gedachte Unterschied noch seine Bedeutung, wenn man nicht glaubt, daß Justinian auch die frühere Form der Enterbung aufgehoben oder eingeschränkt habe; dafür aber fehlt es an allen Gründen. — Angenommen also, daß auch noch nach der Novelle 115. die Nothwendigkeit einer namentlichen Enterbung für gewisse Notherben bestand, so würde das Testament nicht bestehen können, wenn z. B. der Vater so disponirt hätte: Titius soll mein Erbe seyn, mein Sohn aber nur ein Vermächtniß von 100 fl. haben, weil er mich schwer beleidigt hat. Mag dieser Grund wahr seyn und von dem eingesetzten Erben erwiesen werden können: immer fehlt es an der rechten Form der Ausschließung, und darum fällt wenigstens die Erbeinsetzung über den Haufen, wenn man auch die civilrechtliche Nul-

lität, oder die contra tabulas bonorum possessio nicht mehr eintreten läßt.

Anbelangend nun die Nothwendigkeit einer Erbeinsetzung, so ist diese in dem Gesetze zu deutlich angeordnet, als daß darüber ein Zweifel statt finden könnte. Im Eingange des dritten Kapitels heißt es: die Uebergehung der Kinder werde auch dadurch nicht gerechtfertigt, daß man ihnen den Pflichttheil durch Schenkung oder Vermächtnisse zuwende[72]. Dadurch ist denn der alte Unterschied zwischen Präterition und gehöriger Berücksichtigung im Testamente auf das unzweideutigste anerkannt; d. h. die Erwähnung der Notherben, auch wenn sie honorirt sind, gilt doch, ohne förmliche Einsetzung und Enterbung immer nur für Präterition. Im folgenden Kapitel wird gesagt: was von Enterbung der Kinder angeordnet worden, solle im Ganzen (cum aliqua distinctione) auch für die Ausschließung der Eltern gelten. Daß nun die hier angedeutete Verschiedenheit nicht auf eine Verschiedenheit in der Art und Weise hindeute, wie eine zu Gunsten des Notherben gereichende letztwillige Verfügung einzurichten sey, ist aus den Eingangsworten des fünften Kapitels klar zu ersehen. Hier erklärt der Kaiser, daß die voranstehenden Bestimmungen den Zweck hätten, Eltern und Kinder gegen unbillige Enterbungen sicher zu stellen, würden sie aber zu Erben ernannt, so dürfe man sie auf gewisse Sachen einschränken, und könnten sie in diesem Falle das Testament nicht aufheben, sondern nur das Fehlende mittelst der supple-

72) — — — „nec si per quamlibet donationem, vel legatum, vel fideicommissum, vel alium quemcunque modum eis dederit legibus debitam portionem.“ — Vgl. Francke Notherbenrecht S. 351.

torischen Klage nachfordern[73]). — Alles in Gemäßheit der besondern Rechtsgrundsätze, wonach jeder Notherbe im engeren Sinne ein Recht auf förmliche Einsetzung oder Enterbung hat, der Testator aber, sobald diesem Rechte genügt ist, den Pflichttheil auf jegliche Weise hinterlassen darf[74]).

Das Recht der förmlichen Erbeseinsetzung also ist in der Novelle 115. nicht blos für diejenigen anerkannt, welche früher schon einen Anspruch darauf hatten, sondern auch für alle pflichttheilsberechtigte Descendenten und Ascendenten. Streitiger ist es aber: ob und inwieferne das Nämliche auch von der Enterbung gelte? Soviel ist gewiß, daß die Novelle eine förmliche Enterbung im Sinne des älteren Rechts (durch: exheres esto, oder

73) — — — „Caeterum si qui heredes fuerint nominati, etiam si certis rebus jussi fuerint esse contenti, hoc casu testamentum quidem nullatenus solvi praecipimus: quicquid autem minus eis legitima portione relictum est, hoc secundum nostras alias leges ab heredibus impleri" — Francke a. a. O. S. 353.

74) S. Bd. XXXV. des Commentars §. 1421. d. S. 315—323. Vgl. Bd. VII. §. 548. S. 112 fgg. (nr. 2.) Francke a. a. O. S. 392 fg. — Die Worte: etiamsi certis rebus jussi fuerint esse contenti (s. die vorige Note) deuten allerdings darauf hin, daß wenn nur die Erbeseinsetzung gehörig erfolgt ist, nichts darauf ankommt, wie der Pflichttheil hinterlassen wird. Daraus darf man aber nicht (mit Francke a. a. O. u. A.) schließen: der in re certa eingesetzte Erbe ist, sobald Miterben anderer Art vorhanden sind, nur Singularsuccessor. Wäre dies der Fall, so würde ein Notherbe ja auf diese Weise nicht für gehörig eingesetzt zu halten seyn. Vgl. Bd. XXXVI. des Comment. §. 1421. h. S. 353. not. 93.

auch nur: ceteri exheredes sunto) nirgends vorschreibt. Auf der andern Seite ist außer Zweifel, daß kein pflichttheilsberechtigter Descendent oder Ascendent anders von der Erbschaft ausgeschlossen werden kann, als dadurch, daß eine der in dem Gesetze erwähnten Ursachen angeführt und erwiesen wird. Daß aso eine solche Ursache wirklich vorhanden ist und die Wahrheit derselben von dem eingesetzten Erben dargethan wird ist nicht hinreichend. Dadurch unterscheidet sich denn dies neue Recht auf das allerbestimmteste von dem der querela inofficiosi testamenti; es hat aufgehört, bloßes Pflichttheilsrecht zu seyn und ist förmliches Notherbenrecht geworden. Nicht blos darauf kommt es mehr an, ob der Notherbe ohne Recht und Billigkeit (inique) ausgeschlossen sey, sondern er muß auch in einer bestimmten Form (juste) ausgeschlossen werden, indem widrigenfalls das Testament in keinem Falle ein zu Recht beständiges seyn kann. Daß diese neue Form eingeführt wurde, um Unbilligkeiten gegen Pflichttheilsberechtigte zu verhüten und ihnen eine sicherere Rechtshilfe zu ertheilen, als die Querel ihnen gewährte, derer Durchsetzung oft mit so großen Schwierigkeiten verknüpft war, — dieß ist gewiß. Hierauf kann aber nichts ankommen, und am Ende beruht ja jede Form darauf, einem Rechte feste und bestimmte Grundlagen zu geben, dessen Erhaltung und Durchsetzung zu sichern. — Genug, auch Ascendenten so wie alle pflichttheilsberechtigte Descendenten haben nach der Novelle 115 in beiden Beziehungen förmliches Notherbenrecht, d. h. sie können verlangen, entweder zu Erben eingesetzt oder in bestimmter Form ausgeschlossen zu werden [75].

75) Francke Notherbenrecht S. 352 fg. S. 397. — Das Nähere über die bei Einsetzung und Enterbung der Pflicht-

Aber ist denn auch zur Enterbung der Descendenten, welche früher schon förmliches Notherbenrecht hatten, weiter nichts als die Anführung eines von dem eingesetzten Erben zu erweisenden gesetzlichen Ausschließungsgrundes erforderlich? Ist also z. B. der Sohn gehörig enterbt, wenn der Vater sagt: „A. soll mein Erbe seyn; meinem undankbaren Sohne legire ich blos die Alimente, da er meinem Leben nachgestellt hat“[76]; oder: „ich setze meinen Schwager N. zum Erben ein, weil er der einzige meiner Angehörigen war, der sich meiner, da ich gemüthskrank war, angenommen hat“[77]? Nach dem ganzen Entwickelungsgange des förmlichen Notherbenrechts, nach Inhalt und Ausdruck der Novelle, so wie nach der Natur dieses Gesetzes, als eines blos derogatorischen, ist die aufgeworfene Frage zu verneinen. — Das Recht der namentlich und bestimmt ausgedrückten Enterbung ist im Verlauf der Zeiten nie eingeschränkt, vielmehr auf andere Subjecte ausgedehnt worden. Zuerst beschränkte es sich auf Söhne, welche sui heredes waren, das prätorische Recht erstreckte es auf emancipirte Söhne und diesen gleich gestellte Descendenten, Justinian (in der L. 4. Cod. *de lib. praeter.*) auch auf Töchter und Enkel von Söhnen, indem er die inter ceteros exheredatio ganz abschaffte. In der Novelle 115. giebt er noch anderen Personen förmliches Notherbenrecht, zwar ohne sie den bisherigen eigentlichen Notherben völlig

theilsberechtigten, welche erst durch die Novelle 115. förmliches Notherbenrecht erhalten haben, zu den folgenden Grundsätzen, wird weiter unten zur Sprache kommen.

76) Bluntschli a. a. O. S. 247.

77) Francke Notherbenrecht S. 400.

gleich zu stellen, doch auch nicht in der Absicht, bisher bestandene Formen aufzuheben. Aus dem Zwecke, das Pflichttheilsrecht den Descendenten und Ascendenten zu sichern, folgt dies gewiß nicht, nirgends wird darauf auch nur hingedeutet, im Gegentheil rechtfertigt die Art des Ausdrucks in dem Gesetze die Meinung hinreichend, daß der Kaiser den alten Unterschied zwischen förmlicher Enterbung und Präterition vor Augen hatte und berücksichtigte.

Zuvörderst heißt es in dem dritten Kapitel: „non licere patri vel matri, avo vel aviae, proavo vel proaviae suum filium vel filiam, vel ceteros liberos *praeterire aut exheredes in suo facere testamento*, — — *nisi forsan probabuntur ingrati et ipsas nominatim ingratitudinis causas parentes suo inseruerint testamento*“[78]. Halten wir uns nur an

(78) Auch Julian, der doch als Epitomator überflüssige Ausdrücke zu vermeiden hatte, spricht von einem Präteriren oder Exherediren: „Neque pater aut mater u. s. w. liberos suos *praeteritos* vel *exheredatos* in suo testamento faciant“ (in Augustini operib. Vol. II. p. 345 sq.). So auch der kurze Auszug in der Synopsis Basilicorum (bei Leunclavius Lib. XXXV. Tit. VIII. cap. 38.) p. 329, woraus Fabrotus die Lücke in den Basiliken ergänzt hat, S. auch Labbaei observ. et emend. in synops. p. 101). Zu bemerken ist, daß, statt der griechische Originaltext den lateinischen Kunstausdruck, wie gewöhnlich, nicht übersetzt, sondern ihm nur eine griechische Endigung giebt (— Μὴ ἐξεῖναι πατρὶ ἢ μητρὶ — — — τὸν υἱὸν ἢ θυγατέρα ἢ τοὺς λοιποὺς παῖδας πραιτερίτους καταλιμπάνειν), die Synopsis und Haloander, so wie Harmenopulus (Lib. V. Tit. IX. in supplem. Thes. *Meerm.* p. 311.), mithin

den wirklichen Ausdruck des Gesetzes: Kein Ascendent soll hinfort mehr seinen pflichttheilsberechtigten Descendenten präteriren oder enterben, ohne Hinzufügung einer wahren Enterbungsursache. Heißt dies: es ist gleichviel, ob Jemand präterirt oder enterbt, wenn er nur einen Enterbungsgrund beifügt? Dieser Auslegung widerspricht die Veranlassung des Gesetzes eben so sehr, als die Fassung des fraglichen Satzes. Justinian wollte die Notherben gegen die Schwierigkeit sicher stellen, welche bisher mit der Durchsetzung einer Querel wider unbillige Testamente verbunden war. Was hat nun dieser Zweck mit einer Beschränkung, oder auch nur mit einer Vereinfachung des bisherigen Notherbensystems gemein? Gewiß nicht das Geringste! Wohl aber liegt es sehr nahe, daß der Gesetzgeber zur Erreichung seines Zweckes es für hinreichend hielt, wenn der Pflichttheilsberechtigte durch eine gegründete Enterbungsursache ausgeschlossen werde, ohne darum die von ihm selbst (in der L. 4. C. *de lib. praet.*) für alle civilrechtliche und prätorische Notherben sehr bestimmt anerkannte Enterbungsform abschaffen zu wollen. Darum also spricht er hier von Präterition und Enterbung: man mag die Descendenten präteriren oder enterben, immer gilt das Testament nicht, wenn die Ausschließung nicht durch einen gesetzlichen Grund gerechtfertigt wird, mit andern Worten: sowohl der Testirer, welcher nach dem bisherigen Rechte an förmliche Enterbung

ohne Zweifel auch die Basiliken, den Ausdruck durch ἀμνημονεύτους καταλιμπάνειν wiedergeben, was den Sinn freilich nicht ausdrückt, da bekanntlich das juristische praeterire nicht gleichbedeutend mit unerwähnt lassen (Haloander übersetzt *silentio praeterire*) ist.

gebunden war, als auch derjenige, welcher nur solche Notherben hat, die er präteriren durfte, muß doch allemal eine der bestimmten Enterbungsursachen hinzufügen; nur unter dieser Bedingung kann man künftig noch exheredіren oder präteriren.

Der neueste Schriftsteller über Notherbenrecht meint nun: es sey zwar richtig, daß Justinian bei den Descendenten das praeterire oder exheredare erwähne, unbewiesen aber und irrig sey es, daß er es unterscheide, und verschiedene Folgen davon abhängig mache [79]. Lassen wir vorerst noch die Verschiedenheit der rechtlichen Folgen ganz auf sich beruhen. Man kann hierin mit den Schriftstellern, welche von einer Verschiedenheit der Enterbungsformen nichts wissen wollen, vollkommen einverstanden seyn, ohne in Ansehung des hier zur Frage stehenden Punkts ihnen beipflichten zu dürfen; ja es erschwert und verwirrt die Untersuchung, wenn man, wie gewöhnlich geschieht, Beides durch einander mengt. — Abgesehen also von diesen Folgen, so begreift man doch in der That nicht, weshalb Justinian die Enterbung und die Präterition einander entgegensetzte, wann er beide nicht unterscheiden wollte, und — da er nicht sagt, es sey einerlei, ob man präterire oder enterbe — wozu diese Entscheidung anders dienen sollte, als um dadurch auf eine Verschiedenheit der Ausschließungsformen hinzuweisen (s. auch Note 85.).

Eine sehr deutliche Bestätigung dieses Resultates enthält aber die Art und Weise, wie der Kaiser sich im vierten Kapitel über das Enterbungsrecht der Descendenten äußert: „Sancimus non licere liberis, paren-

79) Francke Notherbenrecht S. 358 fg.

tes suos praeterire[80]), aut quolibet modo a rebus propriis, in quibus habent testandi licentiam, eos omnino alienare[81]), nisi causas, quas enumerabimus, in suis testamentis specialiter nominaverint"[82]). — Francke glaubt, daß gänzliche Ausschließen, im Gegensatze des Präterirens, könne nichts Anderes als exherediren heißen, und dies ist ihm ein deutliches Zeichen, daß der Kaiser über Ascendenten und Descendenten ohne Unterschied dieselben Grundsätze aufstellen wollte[83]). Allein hier gerade zeigt es sich, wie geflissentlich der Gesetzgeber einen Ausdruck vermied, der, so gewöhnlich er auch im gemeinen Leben für dasjenige seyn mochte, was der Kaiser durch eine Umschreibung ausdrückt, doch an dieser Stelle sehr leicht gemisdeutet werden konnte. — Die Absicht, Ascendenten oder andere blos Pflichttheilsberechtigte von der Verlassenschaft

80) S. die Schlußbemerkung der Note 78. über das praeteritos καταλιμπάνειν, was auch hier wiederholt ist. S. die Note 82.

81) — ἢ — τῶν ἰδίων πραγμάτων — — τούτους ἀλλοτρίους ποιεῖσθαι; besser als die Vulgate und Homberg übersetzt Haloander die letzteren Worte durch: eos *alienos facere*, ihnen die Sache abwendig machen.

82) Auch hier giebt Julian den Ausdruck der Quellen wieder („non licere liberis, parentes suos praeterire, vel *alienos a substantia sua* quocumque modo *facere*"). Eben so die Synopsis. Bemerkenswerth ist, daß Harmenopulus (l. cit. p. 316.) statt des *praeteritos facere* hat: ἀποκλήρους καταλιμπάνειν. Doch ist die Ungenauigkeit dieses Epitomators bekannt. S. *Em.* Soarez a Ribeira observation. jur. Lib. I. c. XVI. (in Meerm. thes. jur. civil. et can. T. V. p. 574 sqq.

83) a. a. O. S. 359.

ausschließen zu wollen, legte man gewiß sehr häufig durch den Gebrauch der Formel: exheres esto, oder auf ähnliche Weise an den Tag (s. §. 1423.). Dies war aber unnöthig, und also etwas ganz Wirkungsloses [84]). Darum gebraucht denn der Gesetzgeber den Ausdruck auch nur da, wo er seine volle juristische Bedeutung hat; an der Stelle hingegen, wo er nur von solchen Notherben spricht, die kein förmliches Enterbungsrecht hatten, bedient er sich eines Ausdrucks, der fast gesucht erscheint, in jedem Falle ungewöhnlich ist, und sicher nicht gewählt seyn würde, hätte er zuerst das Wort *exheredare* blos in seinem natürlichen Sinne, für jede ausdrückliche Ausschließung gebraucht und eine völlige Gleichheit zwischen dem Enterbungsrecht der Descendenten und Ascendenten aussprechen wollen [85]).

Gerne gebe ich übrigens zu, daß die Bestimmung: es solle das Nämliche, was von der Enterbung der Kinder angeordnet sey, nur *cum aliqua distinctione* auch von der Ausschließung der Eltern gelten — nicht auf

84) S. L. 132. pr. D. *de Verb. obl.* (XLV. 1.), die öfter angeführte Stelle, worin die Exheredation als *res in extraneo inepta* bezeichnet wird.

85) Der Ausdruck *praeteritos relinquere* kann in beiden Stellen nicht auf ein völliges Uebergehen durch Stillschweigen bezogen werden, indem hiermit die Anführung einer Ausschließungsursache unverträglich seyn [illegible], und so mag denn der Kaiser sich den Gegensatz auf ähnliche Weise, wie in der von Descendenten handelnden Stelle gedacht haben, eben weil man ja ohne Nothwendigkeit sich häufig der alten Enterbungsform bediente. Allein gerade dann erhält die im Text vorgetragene Meinung noch mehr Begründung dadurch, daß in der zweiten Stelle der Ausdruck *exheredare* nicht gebraucht wird.

die Verschiedenheit zwischen Präterition und Exheredation gehe, sondern lediglich auf die Ausschließungsgründe [86]. Allein gegen die hier dargestellte Ansicht ist dadurch eben so wenig etwas bewiesen, als durch die anderen Gründe, welche Francke sonst noch, außer den schon erwähnten, dagegen vorbringt. Er meint nämlich erstlich, Justinian's ganze Vorschrift lasse sich auf den Hauptgedanken zurückführen: es sollen alle Descendenten oder Ascendenten zu Erben ernannt werden, wenn nicht ein Enterbungsgrund vorhanden und angegeben ist. Dieses Gebot der Erbeseinsetzung sey aber nicht ausdrücklich in der Novelle ausgesprochen, sondern in dem Verbot der Präterition und Exheredation enthalten und werde nur im fünften Kapitel durch die Worte: „caeterum, si quis heredes fuerint nominati“ u. s. w. vorausgesetzt. Dieser Zusammenhang nun sey hier von der größten Wichtigkeit. Denn wenn Justinian, nur um das Gebot der Erbeseinsetzung auszusprechen, die Exheredation und Präterition verbiete, so sey gar nicht daran zu denken, daß er die Worte exheredare und praeterire auf verschiedene Personen bezogen wissen wollte [87]. — Ich habe diese Argumentation meistens mit den Worten ihres Urhebers wieder gegeben, weil ich gestehe, daß mir nicht ganz deutlich geworden ist, in welchem Zusammenhange hier die einzelnen Glieder derselben, sowohl unter sich als mit

86) Francke Notherbenrecht S. 352.

87) Francke a. a. O. S. 351. S. 357—361. S. 371. — Gegen die Hypothese, daß Justinians erste und vornehmlichste Anordnung das Gebot der Erbeinsetzung sey, erklärt sich auch der Rec. der Franckeschen Schrift, in Schunck's Jahrbüchern der gesammten jurist. Literatur B. XIX. S. 258 f.

dem zu erweisenden Satze stehen. — Zuvörderst berechtigt uns nichts zu der Annahme, daß Justinian hauptsächlich die Erbeseinsetzung der Descendenten und Ascendenten geboten habe, und hierum sich Alles drehe. Er selbst sagt es ja deutlich genug und an mehreren Stellen, daß es ihm nur darum zu thun sey, die Notherben gegen unbillige Ausschließungen in Schutz zu nehmen. Deshalb setzt er die Bedingungen fest, unter welchen die Ausschließung nur erfolgen darf, und fügt noch hinzu: ohne das Daseyn dieser Bedingungen solle es auch nichts helfen, daß man dem Notherben ein Vermächtniß hinterlasse, sondern wenn derselbe die Ausschließung nicht verdient habe, so müsse er auf ehrenvolle Art, durch Erbeinsetzung bedacht werden. Letzteres ist also gewiß nicht Hauptzweck, und kann es nicht seyn, da einer Lieblosigkeit gegen die nächsten Verwandten nicht durch das Gebot sie einzusetzen, sondern nur durch das Verbot ungegründeter Ausschließung vorgebeugt werden kann. Darum stellt der Kaiser dies Verbot an die Spitze: non licet parentibus, liberos praeterire vel exheredes scribere, nisi probabuntur ingrati etc. Erklärt man diesen Satz nun so: Eltern sollen ihre Kinder einsetzen, nicht aber übergehen oder ausschließen, es wäre denn dazu ein gerechter Grund vorhanden, — so ist dies nicht nur wider den Wortverstand, sondern es hängt auch mit dem hauptsächlichen Zwecke der ganzen Verfügung nicht ordentlich zusammen; m. a. W., hätte der Gesetzgeber sich wirklich so ausgedrückt, so würde er ohne Noth jenen Zweck in den Hintergrund gestellt und durch eine Vorschrift vermittelt haben, welche unbeschadet desselben auch allenfalls ganz wegbleiben konnte. Es dreht sich überdies die Franckesche Argumentation in einem wahren

Cirkel; denn zuerst wird die willkührliche Behauptung aufgestellt: Justinian kleidete das Gebot der Erbeseinsetzung in ein Verbot der Ausschließung ein, und darauf dann der Schluß gegründet, daß der Unterschied zwischen Präterition und Exheredation hier ganz bedeutungslos sey! Allein was ist denn durch die auf so künstlichem Wege erhaltene für die hier bestrittene Ansicht überhaupt gewonnen? In der That gar nichts. Denn es mag der Gesetzgeber sagen: alle Notherben sollen eingesetzt werden, nicht aber präterirt oder exheredirt, wenn nicht ein gesetzlicher Ausschließungsgrund angeführt und erwiesen wird,— oder er mag die letzte Vorschrift an die Spitze stellen, in beiden Fällen steht der obigen Erklärung nichts im Wege: eine der Ursachen muß sowohl von dem angeführt werden, welcher an die förmliche Enterbung nicht gebunden ist, als auch von dem, der seine Notherben nicht anders, als in der alten Form ausschließen darf. Dies gilt denn auch von der im fünften Kapitel enthaltenen Aeusserung: „Sola enim est nostrae serenitatis intentio, *a parentibus et liberis injuriam praeteritionis et exheredationis auferre.*“ „Wer mag hier die Behauptung wagen (heißt es bei Francke S. 360), daß Justinian unterschieden habe zwischen Präterition und Exheredation, und daß er nicht bei den Ascendenten beides eben so erwähne, wie bei den Descendenten? Denn es ist doch unmöglich, die praeteritio hier allein auf die Ascendenten und die exheredatio auf alle Descendenten zu beziehen. Vielmehr ist deutlich ausgesprochen, daß durch dieses Gesetz bei Ascendenten wie bei Descendenten die widerrechtliche Präterition wie die Exheredation ganz unmöglich gemacht werden soll, und daß Justinian gerade deshalb, um diesen Zweck zu erreichen, die Erbesein-

setzung derselben ohne Unterschied vorgeschrieben hat, wenn nicht ein giltiger Ausschließungsgrund angegeben ist." — Daß *exheredatio* hier auf alle Descendenten, *praeteritio* nur auf Ascendenten gehe, wird Niemand behaupten. Es kommt aber auch hierauf gar nicht an, sondern nur das frägt sich, ob nicht durch diese Ausdrücke auf eine Verschiedenheit der Ausschließungs-Form hingedeutet werde? Dagegen beweis't nun die angeführte Stelle nicht das Geringste, vielmehr erhält unser Satz, daß die Novelle noch zwischen Präterition und Exheredation unterscheide, durch die geflissentliche Wiederholung beider Ausdrücke, eine nicht unerhebliche Unterstützung.

Es sucht Francke seine Ansicht aber auch zweitens durch die Bemerkung zu begründen, daß die starren Grundsätze und Formeln des älteren Notherbenrechts dem Geiste des späteren Rechts durchaus unangemessen gewesen seyen, und Justinian die darauf für die Ausschließung der Söhne, Töchter und Enkel gegründeten Unterschiede, als der Natur und gesunden Vernunft zuwiderlaufend, bereits im Codex aufgehoben habe, weshalb es denn höchst natürlich erscheinen müsse, daß er in der Novelle diese Bahn weiter verfolgte und die in dieser Hinsicht noch gebliebenen Verschiedenheiten gänzlich abschaffte[88]. — Dieser Grund würde hier offenbar zu viel beweisen. Gieng Justinian damit um, das alte Notherbenrecht von seinem strengen Formelnwesen zu befreien, so ist doch in der That nicht abzusehen, warum dies gerade nur in Beziehung auf die Enterbung und nicht auch in Beziehung auf die Einsetzung geschehen seyn sollte. Francke selbst aber erkennt nicht nur die Nothwendig-

88) a. a. O. S. 361 fg.

heit einer förmlichen Erbeinsetzung an, sondern er sucht sogar zu beweisen, daß Justinian sie für den Fall, wo dem Notherben auf andere Weise etwas zugewendet wurde, aufs Neue wieder eingeführt habe [89]). Ich sage einer förmlichen Erbeinsetzung. Damit ist nicht der Gebrauch der alten Institutions-Formeln: *heres esto* u. a. gemeint, welche längst abgeschafft waren. Allein ein Gleiches galt ja auch von den alten Enterbungsformeln. So erklärt Justinian es für eine rechtsgiltige Enterbung, wenn der Testirer sagt: filius meus alienus meae substantiae fiat [90]), und doch erfordert er in einer späteren Constitution [91]) die Nothwendigkeit einer namentlichen Enterbung für civilrechtliche und prätorische Notherben.— Hievon nun also abgesehen, ist es nicht ein reines Ueberbleibsel des älteren förmlichen Rechts, daß ein zum Erben ernannter Notherbe zufrieden seyn muß, wenn ihm das, worauf er einen gesetzlichen Anspruch hat, durch Vermächtniß zugewandt wird, ohne die Ernennung zum Erben aber das Testament selbst in dem Falle nicht einmal zu Recht bestehen kann, wenn er mehr als den Pflichttheil titulo singulari erhält? In der Sache selbst ist beides doch gewiß einerlei, und dennoch läßt Justinian in dem letzteren Falle die Folgen einer rechtswidrigen Präterition eintreten. Was hätte ihn denn bewegen können, gerade ein bisheriges Erforderniß der Enterbung abzuschaffen, da eine Erleichterung der Enterbungen weder dem Geiste des römischen Rechts angemessen ist, noch

89) a. a. O. S. 391 a. E. fgg. Vgl. mit S. 362 fgg.

90) L. 3. C. *de lib. praeter.* (VI. 28.). Vgl. Bd. XXXVI. des Comment. §. 1421. h. S. 392.

91) L. 4. Cod. *de lib. praeter.*

in dem Zwecke der Novelle liegt (s. w. unten). Francke wird antworten: er wollte alle pflichttheilsberechtigte Descendenten und Ascendenten einander gleichstellen. Allein hätte er dies beabsichtigt, so würde er ohne Zweifel hier, wie in der L. 4. C. *de lib. praet.* (wo ihn der Zweck der Gleichstellung hauptsächlich beschäftigte) namentliche Enterbung für Alle vorgeschrieben haben. Er hatte aber nur den einen Zweck vor Augen, ungerechte Ausschließungen zu verhüten. Wie dieser zu erreichen sey, bestimmte er zwar durch eine allgemeine Vorschrift, welche aber weder (wie die oft erwähnte L. 4. C. *de lib. praet.*) eine völlige Gleichstellung der Notherben, zu deren Besten sie gereichen sollte, beabsichtigte, noch eine Vernichtung bisher bestandener Formen zum Gegenstande hatte. — Darum ist es denn auch gleichgiltig, daß Justinian eine andere Form der Ausschließung, als die Angabe eines gesetzlichen Grundes nicht vorgeschrieben habe, — daß er die ausdrückliche Erklärung: eine bestimmte Person solle nichts haben, überall nicht erfordere [91a]); denn dies beweist immer noch nicht, daß er ein früher den Notherben schon zugestandenes Recht aufheben wollte (s. S. 205 fg.).

Ein besonderes Gewicht legt aber Francke drittens noch auf einen von ihm angenommenen Zusammenhang der L. 30. C. *de inoff. test.* mit unserer Novelle [92]). Er argumentirt hier etwa so: die L. 30. cit. erklärte die förmliche Einsetzung oder Enterbung für unnöthig, sobald nur dem Notherben auf irgend eine Weise etwas zugewandt werde, dessen Ergänzung bis auf die Höhe des Pflichttheils mit der suppletoria actio gefordert

91a) a. a. O. S. 399 fg.

92) S. oben Note 84. a. S. 118.

werden könne. Für diesen Fall waren also schon nach dem Recht des Codex die vom Vater weder enterbten noch eingesetzten Kinder allen übrigen Descendenten und den Ascendenten gleichgesetzt. Justinian habe nun nicht nur die früher bestandene Nothwendigkeit einer Erbeseinsetzung wieder erneuert, sondern dieselbe als Regel sogar für alle Descendenten und Ascendenten aufgestellt, als Ausnahme davon aber nicht, wie das ältere Recht, die willkührliche Exheredation zugelassen, sondern nur eine Ausschließung aus einem gerechten Grunde, und auf diese Weise höchst glücklich und zweckmäßig das alte, blos auf Formen beruhende Recht der Einsetzung oder Enterbung mit dem Rechte der inofficiosi querela vereinigt. Auf diese Aenderung deute die Novelle durch die Bestimmung hin: es solle kein Testirer seine Descendenten präteriren oder exherediren, selbst dann nicht, wenn er ihnen durch Schenkung oder Vermächtniß den Pflichttheil zuwende, sondern er müsse sie zu Erben ernennen. Auch zeige sich darin zwischen beiden Gesetzen ein Zusammenhang, daß die L. 30. zur Ausschließung der Ergänzungsklage eine allgemeine Rüge des schlechten Betragens erfordere, die Novelle aber hierin noch weiter gehe, und die Anführung eines bestimmten Grundes vorschreibe [93]. — Auf wie unrichtigen Voraussetzungen auch hier die ganze Prämisse beruht, ist bereits an einem anderen Orte nachgewiesen (§. 1422.). Und wie wunderlich müßte es hier zugegangen seyn, wenn Justinian (oder Tribonian) bei Abfassung der L. 4. C. *de lib. praet.* eine kurz vorher (in der L. 30. C. *de inoff. test.*) vorgenommene wichtige Rechtsänderung vergessen, bei der Novelle 115. aber wieder nur an die L. 30. gedacht und

93) Francke a. a. O. S. 362 — 364.

die L. 4. cit. ganz außer Augen gelassen hätte! Auch wäre es nicht minder auffallend, wenn Justinian eine Aenderung und Erweiterung gerade der L. 30. C. cit. beabsichtigt und sich darüber mit keiner Sylbe erklärt haben sollte. Daß er nicht immer auf das von ihm geänderte Recht bestimmt hinweis't ist wahr, und selbst die Novelle 115 bildet einen Beleg dazu. Aber da, wo der Kaiser ein spezielles, von ihm selbst erlassenes Gesetz in wesentlichen Punkten ändern wollte, und zwar auf dreifache Art, nämlich a) durch Wiederherstellung eines früher von ihm abgeschafften Rechts, b) durch Erstreckung dieses erneuerten Rechts auf andere Personen, c) durch nähere Bestimmung und Ausdehnung der Unwürdigkeits-erklärung auf alle Testamente von Ascendenten und Descendenten, — da wäre es doch in der That äusserst merkwürdig, wenn dies nur so obenhin und auf eine Art geschehen seyn sollte, welche eben so gut auf jeden andern früher gegoltenen Rechtssatz, als auf die L. 30. C. cit. bezogen werden konnte. Und wie wenig glücklich wäre Justinian in Erreichung des Zweckes, alte Formen abzuschaffen, gewesen, wenn er dennoch (nach Francke's eignem Ausdrucke) die Form der Erbesernennung vorschrieb, und gewiß ohne innere Nothwendigkeit vorschrieb! — Giebt man indessen den Zusammenhang zwischen der L. 30. C. und der Nov. 115. auch ganz so zu, wie Francke ihn annimmt, so folgt daraus doch eben so wenig etwas für die von ihm aufgestellte Behauptung, als aus seinen übrigen Gründen. Denn führte Justinian die früher von ihm eingeschränkte Nothwendigkeit einer förmlichen Enterbung für alle Fälle wieder ein, so muß auch im Zweifel angenommen werden, daß er dabei die bis auf die L. 30. cit. gegoltenen Grundsätze befolgt haben

wollte. Dagegen darf auch nicht angenommen werden, er habe an die Stelle der alten Enterbungsform eine neue substituirt. Dies ließe sich allenfalls behaupten, wenn durch die L. 30. die Nothwendigkeit einer Enterbung ganz aufgehoben und auch später nicht wieder eingeführt worden wäre. Allein Francke selbst behauptet ja, daß das alte Recht auch nach jenem Gesetz die Regel geblieben sey, und da überdies die namentliche Enterbung aller civilrechtlichen und prätorischen Notherben in der L. 4. C. *de liber. praet.* bestimmt und allgemein vorgeschrieben ist, so darf man nach den für correctorische oder rein derogatorische Gesetze geltenden Interpretationsgrundsätzen eine Rechtsänderung auch nur in so weit annehmen, als dies ausdrücklich erklärt ist [94]). Hiernach ist denn die in der Novelle vorgeschriebene Hinzufügung einer Enterbungsursache als bloßer Zusatz zu dem bisherigen Rechte anzusehen, und das Resultat bleibt immer, a) daß civilrechtliche und prätorische Notherben nach wie vor namentlich, aber adjectâ causâ enterbt werden müssen, b) bei andern Descendenten dagegen (also wenn eine Mutter oder ein mütterlicher Großvater testirt), so wie bei Ascendenten zwar eine namentliche Enterbung nicht nöthig ist, allein eine auf sie zu beziehende gesetzliche Enterbungsursache in dem Testamente nicht fehlen darf.

Uebrigens ist die vorstehende Streitfrage, so wie sie hier aufgefaßt wurde, höchst selten und eigent-

94) Arg. L. 32. §. ult. Cod. *de appellat.* (VII. 62.). „Quicquid hac lege specialiter non videtur expressum, id veterum legum constitutionumque regulis relictum omnes intelligant.“ — L. 35. pr. C. *de inoff. test.* — Nov. 20. c. 9. in f. — Thibaut Theorie der log. Auslegung §. 20. S. 93 fgg. (nr. a.) d. 2 Aufl.

lich nur in den neuesten Zeiten Gegenstand besonderer Aufmerksamkeit geworden. Gewöhnlich setzt man sie mit der Frage in Verbindung: ob nach der Novelle 115 auch das alte Notherbenrecht der Wirkung nach bestehe? Wer diese Frage bejaht, muß denn freilich auch die Nothwendigkeit einer förmlichen Enterbung für civilrechtliche und prätorische Notherben anerkennen; wer sie verneint läugnet jene Nothwendigkeit dadurch aber keineswegs (wie im Eingange dieses §. gezeigt wurde); unsere Frage hat daher lediglich für diesen Fall ein unmittelbares Interesse. Doch herrscht auch hierüber, zumal bei den älteren Interpreten, große Verwirrung. So sagt z. B. Azo: „si autem praeteritus fuerit filius *rite, i. e. inserta causa exheredationis*, — tenet testamentum“; und doch giebt er einem solchen rite praeterito die contra tabulas bonorum possessio[95])! Andere beziehen die Frage: adjecta praeteritioni causa an faciat exheredationem? nur auf den Ausdruck. So Luc. v. de Poll, welcher meint, weil die Novelle die Nothwendigkeit einer namentlichen und bestimmten Enterbung nicht aufgehoben habe, so gelte das Testament nicht, wenn es heiße: praetereo filium meum Antonium, quia me atrociter verberavit[96]). Das Gegentheil nimmt aber mit Recht Sam. von Cocceji an[97]), obgleich derselbe in der Hauptsache, nämlich die Auslegung der Novelle betreffend, mit v. de Poll übereinstimmt. Denn es kommt ja nach dem neueren Rechte auf den Ausdruck selbst nichts an,

95) Summa Azonis tit. de liberis praeteritis, gegen das Ende.

96) *Luc. van de* Poll de exhered. et praeter. Cap. XIX. §. 10. 11.

97) *Sam. de* Coccejı jus civile controversum Lib. V. Tit. II. Qu. V. Obj. 1.

wollte. Dagegen darf auch nicht angenommen werden, er habe an die Stelle der alten Enterbungsform eine neue substituirt. Dies ließe sich allenfalls behaupten, wenn durch die L. 30. die Nothwendigkeit einer Enterbung ganz aufgehoben und auch später nicht wieder eingeführt worden wäre. Allein Francke selbst behauptet ja, daß das alte Recht auch nach jenem Gesetz die Regel geblieben sey, und da überdies die namentliche Enterbung aller civilrechtlichen und prätorischen Notherben in der L. 4. C. *de liber. praet.* bestimmt und allgemein vorgeschrieben ist, so darf man nach den für correctorische oder rein derogatorische Gesetze geltenden Interpretationsgrundsätzen eine Rechtsänderung auch nur in so weit annehmen, als dies ausdrücklich erklärt ist[94]). Hiernach ist denn die in der Novelle vorgeschriebene Hinzufügung einer Enterbungsursache als bloßer Zusatz zu dem bisherigen Rechte anzusehen, und das Resultat bleibt immer, a) daß civilrechtliche und prätorische Notherben nach wie vor namentlich, aber adjectâ causâ enterbt werden müssen, b) bei andern Descendenten dagegen (also wenn eine Mutter oder ein mütterlicher Großvater testirt), so wie bei Ascendenten zwar eine namentliche Enterbung nicht nöthig ist, allein eine auf sie zu beziehende gesetzliche Enterbungsursache in dem Testamente nicht fehlen darf.

Uebrigens ist die vorstehende Streitfrage, so wie sie hier aufgefaßt wurde, höchst selten und eigent-

94) Arg. L. 32. §. ult. Cod. *de appellat.* (VII. 62.). „Quicquid hac lege specialiter non videtur expressum, id veterum legum constitutionumque regulis relictum omnes intelligant.“ — L. 35. pr. C. *de inoff. test.* — Nov. 20. c. 9. in f. — Thibaut Theorie der log. Auslegung §. 20. S. 93 fgg. (nr. a.) d. 2. Aufl.

lich nur in den neuesten Zeiten Gegenstand besonderer Aufmerksamkeit geworden. Gewöhnlich setzt man sie mit der Frage in Verbindung: ob nach der Novelle 115 auch das alte Notherbenrecht der Wirkung nach bestehe? Wer diese Frage bejaht, muß denn freilich auch die Nothwendigkeit einer förmlichen Enterbung für civilrechtliche und prätorische Notherben anerkennen; wer sie verneint läugnet jene Nothwendigkeit dadurch aber keineswegs (wie im Eingange dieses §. gezeigt wurde); unsere Frage hat daher lediglich für diesen Fall ein unmittelbares Interesse. Doch herrscht auch hierüber, zumal bei den älteren Interpreten, große Verwirrung. So sagt z. B. Azo: „si autem praeteritus fuerit filius *rite, i. e. inserta causa exheredationis*, — tenet testamentum"; und doch giebt er einem solchen rite praeterito die contra tabulas bonorum possessio[95])! Andere beziehen die Frage: adjecta praeteritioni causa an faciat exheredationem? nur auf den Ausdruck. So Luc. v. de Poll, welcher meint, weil die Novelle die Nothwendigkeit einer namentlichen und bestimmten Enterbung nicht aufgehoben habe, so gelte das Testament nicht, wenn es heiße: praetereo filium meum Antonium, quia me atrociter verberavit[96]). Das Gegentheil nimmt aber mit Recht Sam. von Cocceji an[97]), obgleich derselbe in der Hauptsache, nämlich die Auslegung der Novelle betreffend, mit v. de Poll übereinstimmt. Denn es kommt ja nach dem neueren Rechte auf den Ausdruck selbst nichts an,

95) Summa Azonis tit. de liberis praeteritis, gegen das Ende.

96) *Luc. van de* Poll de exhered. et praeter. Cap. XIX. §. 10. 11.

97) *Sam. de* Cocceji jus civile controversum Lib. V. Tit. II. Qu. V. Obj. 1.

wenn derselbe nur von der Beschaffenheit ist, daß a) über die Absicht des Testirers kein Zweifel seyn kann, b) daß eine namentliche Bezeichnung des Notherben nicht fehlt [98]), und c) auch die übrigen, wenn gleich dem rein positiven Rechte angehörigen, doch durch das neueste Recht nicht aufgehobenen Regeln über Enterbungen berücksichtiget sind [99]).

Sieht man indessen davon ab, daß die obige Frage von den Wenigsten ihrer eigentlichen Bedeutung nach aufgefaßt ist und hält sich nur an den wörtlichen Ausdruck der Schriftsteller, so läßt es sich wohl als von jeher angenommene gemeine Meinung ansehen, daß die Novelle in der Art und Weise, wie die Enterbung der Söhne, Töchter und Enkel von Söhnen auszudrücken sey, nichts geändert, sondern nur die Hinzufügung einer

98) *J. H.* Böhmer de verbis directis et obliquis §. 18. (Exercit. ad Pand. T. I. Exerc. IV. p. 124 sq.) führt zwei Beispiele an. Das erste ist: „Meinen ältesten Sohn habe ich mit Fleiß nicht bedacht, weil er sich an mir mit harten Scheltworten vergriffen, auch darzu geschlagen"; das zweite: „es soll mein jüngster Sohn allein mein Erbe seyn, worzu vornämlich ich bin bewogen worden, weil mein ältester Sohn allen Respect gegen mich hinten angesetzt u. s. w.". Er nimmt in beiden Fällen eine gültige Enterbung an. Allein nur in dem ersten fehlt das Erforderniß einer namentlichen Bezeichnung des ausgeschlossenen Sohnes nicht; diese aber verlangt ja Justinian noch in der L. 4. Cod. *de lib. praet.*, nachdem schon seit fast zwei Jahrhunderten der Gebrauch bestimmter Formeln und Ausdrücke in Testamenten abgeschafft war (L. 15. Cod. *de testamentis*. VI. 23.).

99) S. Bd. XXXVI. des Comment. §. 1421. b. S. 392. bis zu Ende des Bandes.

Enterbungsursache vorgeschrieben habe. Diese Ansicht findet sich namentlich in der Accursischen Glosse[100]), bei Bartolus[1]), Raphael Fulgosius[2]), Alciati[3]), H. Donellus[4]), Ulr. Huber[5]), Coccesi[6]) und den neueren Lehrbüchern[7]). Die beiden neuesten Schriftsteller über

100) *Glossa* ad Authenticor. collat. VIII. Tit. XII. v. *praeterire* (cap. 3. pr.) „Praeteritio ad lineam foemineam, exheredatio ad masculinam."

1) Bartolus *de* Saxaferrato ad auth. *non licet* Cod. *de lib. praet.* nr. 9. 10.

2) *Raph.* Fulgosii comment. ad auth. *ex causa* Cod. de lib. praet. nr. 5. (comment. in Cod. T. II. p. 46. a.).

3) *Andr.* Alciatus ad L. 7. D. *de lib. et post.* nr. 13 sqq. (opp. ed. Francof. T. I. p. 438 sqq.).

4) Comment. jur. civil. Lib. VI. cap. 12. §. 13. 17. (Vol. III. ed. Koenig).

5) Praelectiones jur. civil. ad tit. inst. *de lib. exher.* §. 2.

6) Jus civile controv. tit. de inoff. test. Qu. IV. in f. u. Qu. V.

7) Hofacker princip. jur. civil. Rom. Germ. T. II. §. 1284. 1285. Thibaut System des Pandektenrechts §. 814. gegen das Ende. Günther principia jur. Rom. priv. noviss. T. II. §. 748. nr. B. I. Schweppe das römische Privatrecht in seiner Anwendung auf teutsche Gerichte §. 954. nr. 2. Mackeldey Lehrb. des heut. röm. Rechts §. 659. v. Wening-Ingenheim Lehrb. des gem. Civilrechts Buch V. §. 144. (oder der neuen Ausg. §. 492. not. m.). Meine doctrina Pand. Vol. III. §. 682. nr. 5. Seuffert Lehrb. des pract. Pandektenrechts Bd. III. §. 655. a. E. und §. 658. nr. 1. Haimberger jus rom. privat. T. III. §. 329. in f. — Warnkoenig comment. jur. Rom. priv. T. III. §. 1031. entscheidet sich hierüber nicht, macht indessen auf die Streitfragen aufmerksam.

Notherbenrecht erklären sich aber gegen dieselbe, Bluntschli nur sehr beiläufig [8]), Francke dagegen, dessen Gründe vorhin geprüft wurden, widmet der Frage eine ausführliche Darstellung, die sich auch großen Theils rein erhalten hat von der Einmischung solcher Gründe, welche den Einfluß der Novelle auf die Wirkungen des alten Notherbenrechts betreffen [9]). Außerdem hat sich auch Unterholzner für die hier bestrittene Ansicht erklärt. Seine Gründe sind a) daß die Vorschrift, welche in manchen Fällen eine namentliche Bezeichnung bei der Enterbung der Kinder fordert, in der Novelle weggeblieben sey; b) daß Justinian alle Arten von Kindern in Beziehung auf Enterbung gleich behandelt wissen wolle; c) daß, was er sonst in Ansehung der Enterbung vorschreibe, von der Art sey, daß ohnehin die Enterbung mit namentlicher Bezeichnung erfolgen müsse, oder daß es doch auf alle Fälle eben so

8) Bluntschli a. a. O. S. 247. Er führt hier den Fall an, wo der Testirer gesagt hatte: „A. soll mein Erbe seyn; meinem undankbaren Sohne B. legire ich blos Alimente. Weiter soll er nichts haben, da er meinem Leben nachgestellt hat;" und entscheidet: nach dem Recht der Novelle sey das ganze Testament in jeder Beziehung giltig, sobald A. die Wahrheit des angeführten Grundes erwiesen habe.

9) Ganz ist dies freilich nicht der Fall. So führt er (Notherbenrecht S. 362) auch den Grund an: daß die Grundsätze, welche die Pandekten und der Coder über das verschiedene Recht der sui, der Emancipirten mit ihrer contra tabulas bonorum possessio und über die inofficiosi querela aufstellten, viel zu complicirt für die Anwendung sowohl, wie für den ganzen Zustand der Rechtswissenschaft zu Justinians Zeit gewesen seyen. Dies aber gehörte hieher gar nicht.

gut sey, als ob eine namentliche Bezeichnung statt gefunden hätte. Wenn daher im letzten Willen gesagt sey: alle meine Kinder sollen enterbt seyn, weil sie meine Angeber geworden sind, so würde es eine dem Geiste des justinianischen Rechts zuwiderlaufende Anhänglichkeit an die Form seyn, an der Giltigkeit einer solchen, allgemein (inter ceteros) ausgesprochenen Enterbung zweifeln zu wollen[10]. — Allein was den ersten Grund anbelangt, so hat die Nichterwähnung einer früheren Vorschrift bei correctorischen Gesetzen im Zweifel die Bedeutung, daß sie nach wie vor gelten solle; bei dem zweiten Grunde wird aber offenbar als erwiesen angenommen, was gerade erst bewiesen werden sollte, und gegen den dritten Grund möchte hier wohl die Bemerkung genügen, daß namentliche Enterbung und indirecte Ausschließung durch Anführung einer Enterbungsursache zwar nur der Form nach verschieden sind, jene Form aber durch die Novelle nicht aufgehoben ist, und überhaupt dies Gesetz, wie oben erwiesen ist, keineswegs die Aufhebung von Rechtsformen bezweckte. Daher kann denn auch die in der L. 4. C. de lib. praet. von Justinian für alle civilrechtliche und prätorische Notherben ausdrücklich aufgehobene inter ceteros exheredatio nicht für zulässig gehalten werden[11].

10) Unterholzner ausführliche Entwickelung der gesammten Verjährungslehre. 2. Bd. §. 170. S. 63. (nr. 2).

11) Uebrigens mache ich darauf aufmerksam, daß Manche in dem von Unterholzner angeführten Beispiele (alle meine Kinder sollen enterbt seyn) keine inter ceteros exheredatio, sondern eine namentliche Enterbung der Kinder finden wollen, wogegen schon an seinem Orte das Nöthige erinnert ist. S. Bd. XXXVI. d. Comment. §. 1421. h. S. 306 fgg.

Fassen wir jetzt noch einmal das Resultat der bisherigen Erörterung kürzlich zusammen, um daran demnächst einige Bemerkungen über Form und Art der Einsetzung oder Ausschließung nach der Nov. 115. zu knüpfen. — Die Novelle nimmt die Ausdrücke *praeterire* und *exheredare* in dem technischen Sinne des früheren Rechts. Präterirt ist hiernach jeder Notherbe, der nicht gehörig eingesetzt oder namentlich enterbt ist, mag übrigens die Absicht des Testirers ihn ausschließen zu wollen, und der Grund weshalb, noch so deutlich erklärt seyn. In diesem Sinne nun können auch nach der Novelle 115 Kinder von einer Mutter und Tochterkinder von ihrem Großvater, so wie Ascendenten von ihren Descendenten präterirt werden. Aber erklärt man Enterbung als: Ausschließung des Notherben in rechtlicher Form (und die Logik kann gegen diese Begriffsbestimmung nichts einwenden), so ist auch die praeteritio adjecta causa eine wahre Enterbung; denn ihr Wesen besteht in einer durch das Gesetz angeordneten Form, ohne deren Beobachtung das Testament nicht giltig ist. Dann muß man freilich einen doppelten Begriff von Enterbung unterscheiden: einen weiteren (die praeteritio adjecta causa) und einen engeren, den man auch allenfalls als Enterbung im eigentlichen oder strengeren Sinn bezeichnen kann. An diesen knüpfen sich aber außer dem Erfordernisse der namentlichen Ausschließung, noch so manche andere rechtliche Folgen, welche dem alten Begriff von Exheredatio angehören und nicht auf die praeteritio adjecta causa bezogen werden dürfen, daß es zweckmäßig ist, für den letzteren diese Benennung beizubehalten. Mehr davon wird weiter unten vorkommen.

Die Novelle bestimmt also

A) daß sämmtliche pflichttheilsberechtigte Descendenten und Ascendenten gehörig eingesetzt werden sollen. Hierbei liegen denn die für eine rechtlich giltige Erbeinsetzung überhaupt geltenden Regeln zu Grunde: sie muß deutlich und bestimmt erklärt seyn, so daß sie von einer bloßen Vermächtnißanordnung unterschieden werden kann, — sie darf nicht durch eine Codicillardisposition erfolgen [12], sie muß überhaupt unmittelbar auf die Person des Notherben selbst gerichtet seyn [13]; sind diese Erfordernisse beobachtet, so braucht dem Notherben gerade nicht Alles, worauf er einen Anspruch zu machen hat, durch die Einsetzung zugewandt seyn, ja er kann alsdann sogar auf bestimmte Sachen eingeschränkt werden, wobei ihm denn das Recht verbleibt, das am Pflichttheil Fehlende mittelst der Ergänzungsklage nachzufordern [14]. — Kann aber der Erbeseinsetzung eine Bedingung beigefügt werden? So viel ist gewiß, daß das Recht des Notherben durch zufällige oder vermischte Bedingungen nicht suspendirt werden kann, da das Gesetz ihm ja ein von der Willkühr des Testirers unabhängiges Recht giebt; auf der andern Seite aber leidet es eben so wenig einen Zweifel, daß Potestativ-

12) Dies ist in dem Gesetz selbst geordnet, nämlich durch die Worte: nec si per quamlibet donationem, vel legatum, *vel fideicommissum*, vel alium quemcunque modum eis dederit legibus debitam portionem." Nov. 115. c. 3. pr.

13) S. Bd. XXXVI. des Comment. §. 1421. h. S. 349—354.

14) Nov. 115. cap. 5. pr. — Die Frage: ob nicht in der Beschränkung auf eine bestimmte Sache eine Verletzung des Pflichttheilsrechts liege? ist bereits im 35. Band des Comment. S. 328 fgg. untersucht und verneinend beantwortet. S. auch Francke a. a. O. S. 393.

bedingungen wirksam hinzugefügt werden könnten, indem hierbei nur auf den guten Willen des Erben gesehen wird und daher sogar das Recht des suus heres von einer solchen Bedingung abhängig gemacht werden durfte [15]). Die Frage kann also nur seyn: darf der Testirer überhaupt eine Bedingung der ersten Art hinzufügen und wird dieselbe nur, wenn sie nicht eintritt, pro non adjecta gehalten, oder treten hier allemal die Folgen der Präterition ein, falls nicht der Notherbe auf den entgegengesetzten Fall enterbt ist? Letzteres galt bekanntlich für den Sohn, wenn derselbe suus heres war [16]). Töchter und Enkel konnten unter jeder Bedingung giltig eingesetzt werden [17]), Postumen aber (ohne Unterschied des Geschlechts oder Grades) ebenfalls nur unter einer Potestativbedingung, obgleich hier die Nichtbeachtung dieses Rechts noch keineswegs unbedingt die Nichtigkeit der Verfügung bewirkt, sondern die Einsetzung als unbedingte aufrecht erhalten wird, wenn die Bedingung zu der Zeit, wo der Postumus erscheint, eingetreten ist [18]). Ein ähnliches Recht galt für die prätorischen Notherben. Die Einsetzung derselben kann unter jeglicher Bedingung erfolgen; während die Bedingung schwebt erhält

15) L. 86. D. *de heredib. instit.* (XXVIII. 5.). — Vgl. Bd. XXXVI. d. Comment. S. 355—357. u. S. 368 fgg. nr. A.

16) L. 86. D. *de hered. inst.* L. 28. D. *de condit. instit.* (XXVIII. 7.). L. 83. in f. D. *de condit. et demonstr.* (XXXV. 1.). — Bd. XXXVI. d. Comment. S. 358 fgg. Vgl. auch daselbst S. 384 fg. (über die Hinzufügung unmöglicher oder unerlaubter Bedingungen).

17) Bd. XXXVI. des Comment. S. 386. 387.

18) L. 22. D. *h. t.* — Bd. XXXVI. d. Comm. S. 388 fgg.

der Notherbe eine sec. tab. bonorum possessio, und fällt sie weg, so tritt das Recht der contra tab. B. P. ein[19]. — Welchen Einfluß hatte nun hierauf die L. 4. C. *de lib. praet.?* Sie bestimmt in Ansehung der Töchter und der Enkel von Söhnen, daß, wie sie auf gleiche Weise zur Intestaterbfolge mit den Söhnen gerufen würden, so sollten sie auch auf die nämliche Art eingesetzt oder enterbt werden[20]. Ist denn damit auch gesagt, daß fortan alle civilrechtliche und prätorische Notherben nur unter einer Potestativbedingung eingesetzt werden dürften, widrigenfalls aber enterbt werden müßten? Gewiß nicht. Denn a) bestand im älteren Rechte die Regel, daß die Notherben unter jeder Bedinguug eingesetzt werden könnten; davon galt nur eine Ausnahe für Haussöhne[21], mithin würde hier allemal der Grundsatz zur Anwendung kommen: Lex specialis derogat generaliori[22], also die subjective Erweiterung des Noth-

19) L. 3. §. 11 sqq. D. *de B. P. contra tab.* (XXXVII. 4.). — S. oben §. 1421. i. S. 80. 81.

20) „Sancimus, quemadmodum in successionibus parentum, quae ab intestato deferuntur, aequa lance et mares et foeminae vocantur, *ita et in scriptura testamenti eas honorari*, et similibus verbis exheredationes nominatim procedere."

21) L. 4. pr. D. *de hered. inst.* (XXVIII. 5.) — „suus quoque heres sub conditione heres potest institui. *Sed excipiendus est filius, quia non sub omni conditione institui potest.*" — L. 1. §. 8. D. *de suis et legit. heredib.* (XXXVIII. 16.). — S. Bd. XXXVI. des Comment. S. 386.

22) L. 80. D. *de reg. jur.* — L. 41. D. *de poenis* (XLVIII. 19.). — Thibaut's civilistische Abhandl. (Heidelb. 1814.) Nr. VII.

erbenrechts kann die im früheren Rechte als bloße Ausnahme für Haussöhne ausgesprochene Beschränkung der Dispositionsfreiheit im Zweifel nicht mit umfassen. Hauptsächlich aber b) die L. 4. cit. giebt ja den Töchtern und Enkeln nicht jenes besondere Recht der Haussöhne, sondern nur das der Söhne überhaupt auf namentliche Einsetzung oder Enterbung zustehende; in dieser Hinsicht können also die gedachten Personen immer nicht mehr Recht in Anspruch nehmen, als den emanzipirten Söhnen zustand. Und eben so wenig hat die Novelle 115 hierin etwas geändert. Sie stellt die Bedingungen auf, unter welchen es nur gestattet seyn soll, Descendenten und Ascendenten von der Erbschaft auszuschließen. Diese Bedingungen sind, entweder die Hinzufügung einer begründeten Enterbungsursache, oder die Erbeseinsetzung des Notherben. Wie die letztere geschehen solle? Darüber enthält das Gesetz nichts. Es können also hierauf nur die allgemeinen Vorschriften über Erbeseinsetzung, nicht aber die ausnahmsweise blos für Haussöhne geltenden Rechtsbestimmungen bezogen werden, woraus sich denn von selbst ergiebt, daß nach der Novelle die Hinzufügung einer casuellen oder vermischten Bedingung bei der Erbeseinsetzung nicht verboten ist, sondern dieselbe nur, wenn sie wegfällt, als nicht hinzugefügt angesehen wird, die Einsetzung mithin dann als unbedingte besteht. Abgesehen aber von der formellen Giltigkeit der Disposition ist darin das Recht aller Notherben gleich, daß nur die Erfüllung potestativer Bedingung von ihnen verlangt werden kann [23]). Ob aber überhaupt Haussöhne

23) Vgl. hiermit noch unten S. 229 fgg. Sehr selten wird übrigens die Frage: welche Bedeutung die Vorschriften der L. 4. C. *de lib. praeter.* und der Nov. 115. auf be-

in der eben erwähnten Hinsicht noch auf ihr altes Recht Anspruch machen dürfen, ist eine andere Frage, welche gleichfalls unabhängig ist von dem Resultat der Unter-

dingte Einsetzungen, habe einige Aufmerksamkeit gewidmet. Am häufigsten geschieht dies von Rechtslehrern aus dem 17ten und dem Anfang des 18. Jahrhunderts, und diese pflegen anzunehmen, daß die subjective Erweiterung des Notherbenrechts auch von selbst ein Recht der Notherben begründe, nur unter einer Potestativ-Bedingung eingesetzt werden zu können. So *Arn.* VINNIUS comment. ad §. 9. J. *de heredib. instit.* nr. 2. *Ant.* PEREZ praelect. in Cod. Lib. VI. Tit. XXV. nr. 5. *Casp.* MANZIUS de test. valido et invalido Tit. VII. Qu. V. nr. 11 sqq. u. nr. 20 sqq. *Ulr.* HUBER praelect. jur. civil. ad Inst. tit. *de heredib. inst.* §. 7. *Sam.* STRYK cautel. testamentor. cap. XVI. §. 32. in f. (Auch Francke Notherbenrecht §. 31. zu Anfang scheint dieser Meinung zu seyn, und nur für Postumen das alte Recht gelten zu lassen). — Dagegen sind andere Juristen umgekehrt der Meinung, daß nach neuerem Rechte auch selbst die Einsetzung eines Suus unter einer casuellen Bedingung dem Rechtsbestande des Testaments nichts schade, einige (wie Glück Bd. VII. des Comment. §. 546. S. 74 fg.) aus dem Grunde, daß nach L. 32. C. *de inoff. test.* eine dem Pflichttheile auferlegte Beschwerde nur als nicht hinzugefügt anzusehen ist, wogegen das Nöthige schon an einem andern Orte dieses Commentars (Bd. XXXV. §. 1421. d. S. 330 fgg.) bemerkt wurde; andere (z. B. Höpfner Commentar §. 491. not. 8. nr. 2.) darum, weil in einer bedingten Einsetzung eine indirecte Enterbung liege. S. darüber Bd. XXXVI. §. 1421. h. S. 358. not. 9. und unten S. 219 fg. Wäre eine dieser Ansichten gegründet, so würde freilich die ganze Untersuchung über den Einfluß der angeführten Gesetze Justinians auf bedingte Erbeinsetzungen kein weiteres Interesse haben.

suchungen, die den Gegenstand des folgenden §. bilden. Nach juristischer Consequenz ist sie zu bejahen. Denn da das Gesetz nur im allgemeinen die Nothwendigkeit der Erbeseinsetzung für Descendenten und Ascendenten vorschreibt, so werden nach der obigen Regel (species derogat generi) dadurch die für eine bestimmte Klasse von Descendenten ausnahmsweise in dem früheren Rechte anerkannten Vorrechte überall nicht berührt. Hieraus folgt denn, daß, wenn Haussöhne unter einer zufälligen Bedingung eingesetzt sind, jedenfalls die Nichtigkeit eintritt, wie sie in der Novelle bestimmt ist. (M. s. übrigens unten die Note 42.)

Was ist nun Rechtens, wenn die Notherben im ersten Grade ganz übergangen, im zweiten aber eingesetzt, also dem eingesetzten Erben vulgariter substituirt sind? Nach dem alten Civilrechte ist in einem solchen Falle der erste Grad als gar nicht vorhanden anzusehen, der Notherbe wird also Erbe, als wäre er im ersten Grade eingesetzt[24]). Nach dem prätorischen Rechte dagegen ist der erste Grad nicht absolut nichtig (nullius momenti), sondern es bedarf der Anfechtung desselben durch contra tabulas B. P., und nur wenn zur Zeit der Delation des Erbrechts die eingesetzten Erben bereits weggefallen wären, tritt ohne Weiteres der substituirte Notherbe ein[25]). Diese Bestimmungen können aber jedenfalls nur auf die altcivilrechtlichen und prätorischen

24) L. 3. §. 6. L. 14. §. 1. D. *h. t.* L. 43. §. 2. D. *de vulg. et pup. subst.* (XXVIII. 6.). — S. Bd. XXXV. des Comment. §. 1421. h. S. 436 fg. — FOERSTER de bon. poss. lib. praeter. P. I. §. 23. p. 77. (nr. 4.).

25) arg. L. 8. §. 4. D. *de bonor. possess. contra tab.* (XXXVII. 4.). — FOERSTER l. l. P. II. §. 85. p. 317 sq.

Notherben bezogen werden, und da frägt es sich denn wieder (was wir hier aber nicht zu untersuchen haben), ob die Wirkungen des alten Rechts überall noch für dieselben bestehen? Die Novelle selbst ordnet hierüber nichts an, es ist daher die obige Frage in Beziehung auf das Recht der Novelle 115 lediglich aus allgemeinen Grundsätzen zu entscheiden. — Jede Substitution nun enthält eine bedingte Erbeinsetzung[26]. Die Bedingung der Vulgarsubstitution nun: wenn der Institut nicht Erbe werden könne oder wolle, so solle der Substitut Erbe seyn, — ist eine casuelle; da dergleichen Bedingungen aber für Notherben, welche nicht Haussöhne sind, im Falle des Nichteintretens als gar nicht vorhanden gelten, so hat hier die Substitution die Wirkung einer Institution. Ist der Substituirte ein Haussohn, so würde nach der Regel, daß Haussöhne nur unter einer Potestativbedingung eingesetzt werden dürfen, Nullität eintreten; diese könnte aber (nach der hier angenommenen Voraussetzung) nur die durch die Novelle bestimmte Nichtigkeit seyn, und so würde denn das Resultat regelmäßig dasselbe seyn, wie bei anderen Notherben. Denn nach der Novelle werden die Vermächtnisse aufrecht erhalten, und wer an die Stelle eines im ersten Grade eingesetzten Erben tritt, muß in der Regel eben so gut, wie dieser die Vermächtnisse erfüllen, besondere Bedingungen dagegen, welche mit der Erbeseinsetzung verknüpft sind, braucht kein an die Stelle eines wegfallenden Erben Eintretender zu erfüllen, wenn sie nicht auch ihm giltigerweise auf-

26) L. 23. D. *de vulg. et pup. subst.* (XXVIII. 6.). — Heise's Grundriß eines Systems des Civilrechts Buch V. §. 82. Not. 38 in f.

erlegt sind[27]. Also in beiden Fällen fällt die Erbeseinsetzung über den Haufen und der Notherbe wird Erbe, wie wenn er im ersten Grade eingesetzt wäre. Doch die Gründe, aus welchen dies geschieht, sind verschieden, und darum können es auch die Wirkungen seyn. Ist der Notherbe ein Haussohn, so fällt der eingesetzte Erbe weg, weil jener nicht gehörig eingesetzt, also im Rechtssinne präterirt ist; nur muß er nach dem Willen des Gesetzes die Vermächtnisse anerkennen und erfüllen. Sind es Notherben anderer Art, so besteht das Recht desselben Kraft der Einsetzung, es mag die Bedingung eintreten (d. h. der instituirte Erbe wirklich wegfallen), oder sie mag nicht eintreten, d. h. der eingesetzte Erbe würde die Erbschaft erwerben, falls der Notherbe ihm nicht im Wege stände; im letzteren Falle wird also in Folge einer gesetzlichen Fiction angenommen, der Notherbe sey pure eingesetzt. Ein Unterschied zeigt sich aber alsdann, wenn der Einsetzung des Notherben besondere (an sich zulässige) Bedingungen beigefügt, oder der Vermächtnisse halber eigenthümliche Bestimmungen getroffen sind, wie dies bei Substitutionen wohl geschehen kann. Der Notherbe, welcher als Substitut oder Institut die Erbschaft erhält, muß die ihm zulässiger Weise gemachten Auflagen erfüllen. Erscheint er dagegen als präterirt, so sind alle Anordnungen, welche sich auf seine Person beziehen, schlechthin nichtig, und er hat nur die Nebenbestimmungen in der Art anzuerkennen, wie dies dem eingesetzten Erben des ersten Grades obgelegen hätte, wäre er zur Erbschaft gekommen[28]. — Hierbei ist aber vorausgesetzt,

27) L. 27. pr. L. 73. D. *de hered. instit.* (XXVIII, 5.).

28) Hiernach dürfte die etwas zu allgemein gehaltene Bestim-

daß das alte Notherbenrecht in materieller Hinsicht (also die sog. Nullitätsklage des alten Civilrechts und die contra tabulas bonorum possessio durch die Novelle 115 aufgehoben sey. Nehmen wir dagegen die fortdauernde Giltigkeit desselben an, so sind die Folgen freilich anders zu bestimmen:

1) der (nur als Substitut eingesetzte) Notherbe ist ein Haussohn. Alsdann fällt der erste Grad ganz weg; der Notherbe erscheint überall nicht als präterirt, sondern erwirbt die Erbschaft, als wäre er im ersten Grade eingesetzt. Doch kann er, wenn zur Zeit des Anfalls der Erbschaft die Bedingung der Substitution nicht eingetreten ist, auch von der contra tabulas B. P. Gebrauch machen, wo er denn die Vermächtnisse an die conjunctas personas, aber auch blos an diese, zu entrichten hat.

2) Andere, die schon vor der Novelle eigentliche Notherbenrechte hatten, können ihr Recht nur durch secundum oder contra tabulas B. P. geltend machen, welche ja diejenigen nicht umgehen dürfen, denen sie angeboten ist, wenn ihnen nach allgemeinen Grundsätzen auch sonst noch ein Weg zur Erbschaft zu gelangen offen stände [29]; wogegen

3) diejenigen, welchen erst durch die Novelle Notherbenrecht verliehen ist, als primo gradu instituti erben. Diese können freilich insofern besser daran seyn, als sie gar keine Legate zu zahlen nöthig haben, wenn ihnen keine auferlegt sind. Doch beweist eine solche einzelne

mung bei Francke (Notherbenrecht S. 397) wohl zu berichtigen seyn.

29) L. 17. D. *de inj. rupto, irr. facto test.* (XXVIII. 3.). L. 6. §. 9. L. 23. D. *si quis omissa causa test.* (XXIX. 4.).

Inconsequenz an sich noch nichts gegen die Fortdauer des älteren Rechts.

Was nun hiernächst

B) die Ausschliessung der Notherben anbetrifft, so ist ausser Zweifel, daß diese nur in einem eigentlichen Testamente, nicht in einem Codicill geschehen darf, wegen der allgemeinen und auch im neueren Rechte nicht aufgehobenen Regel: codicillis hereditas neque dari neque adimi potest [30]). Ob und inwieferne aber die positiven Rechtsregeln über juristisch giltige Enterbungen (exheredatio *pure*, nec post mortem heredis vel post aditam hereditatem, ab omni hereditate, herede, gradu fieri debet [31]) nach der Novelle noch Anwendung finden können? ist bestritten. Francke ist der Meinung, daß die Frage im Ganzen zu verneinen sey. Die alte Enterbung sey etwas rein Willkührliches gewesen und darum habe man sie auch für etwas Gehässiges gehalten und sie auf jede Weise zu erschweren gesucht. Dies habe denn die Regel: exheredationes non esse adjuvandas, und die mancherlei subtilen Beschränkungen erzeugt, welche man, wenn sie nicht durch ein löbliches Streben begründet wären, geradezu widersinnig nennen müsse. Spitzfindigkeiten wie folgende: wer dem Sohn eine Sache vermache und ihn von der übrigen Erbschaft enterbe, ferner das Verbot der Enterbung post aditam hereditatem — seyen gegen den Geist der Novellen; denn sie seyen blos ersonnen, um die rein willkührlichen Enter-

30) §. 2. J. *de codicillis*. — S. Finestres prael. Cervarienses ad tit. Dig. *de lib. et post*. P. IV. cap. II. §. 2.

31) S. Bd. XXXVI. des Comment. §. 1421. h. S. 413. bis zu Ende (nr. 2 — 7).

bungen zu beschränken, die Enterbung der Nov. 115 könne aber zu diesen nicht gezählt werden, da sie nur den Schuldigen treffe, mithin nicht als etwas Gehässiges zu behandeln, vielmehr rechtlich zu begünstigen sey. — Zu weit würde man freilich gehen, wollte man annehmen, daß der Erblasser, welcher einen Notherben wegen schlechten Betragens ausschließen darf, ihn auch giltig unter einer Bedingung ausschließen dürfe; denn, wenn die Bedingung nicht eintrete, so würde ein solcher Notherbe ja als gänzlich präterirt da stehen. Da indessen für die in der Novelle vorgeschriebene Form der Berücksichtigung der Notherben Alles auf den Augenblick des Todes des Erblassers zu reduziren sey, so müsse auch die Enterbung für giltig gehalten werden, wenn die Bedingung derselben bei des Testirers Tode eingetreten sey. Wäre sie weggefallen und der Notherbe für diesen Fall zum Erben ernannt, so sey er jetzt giltig eingesetzt. Als präterirt müsse er behandelt werden, wenn zur Zeit des Anfalls die Bedingung noch unentschieden schwebe, ohne daß er für den entgegengesetzten Fall zum Erben ernannt worden; denn beim Tode des Erblassers müsse die Giltigkeit der testamentarischen Einsetzung entschieden feststehen. Dies sey der Fall, wenn der Notherbe unter einer Bedingung ausgeschlossen, aber auf den Fall des Nichtseintritts der Bedingung zum Miterben ernannt sey. Der Satz des älteren Rechts: daß ein solches Testament nichtig sey, wenn der Notherbe vor der Entscheidung sterbe, müsse durch die Novelle für aufgehoben gehalten werden. Denn, was sich allenfalls auch als Begünstigung eines willkührlich Enterbten rechtfertigen lasse, dürfe doch nicht auf den angewandt werden, welcher verdienter Weise enterbt worden sey, und man könne einen Erblasser nicht durch Rich-

[illegible] Testaments [illegible], weil [illegible] Notherben,
[illegible] milder
[illegible] bei einem sol-
[illegible] werden, sey
[illegible] die Bedin-
ist [illegible] auf seine
Te[illegible]
gen [illegible]
auf[illegible] Vordersatz,
neq[illegible] willkührlich
posit[illegible] Rechtssatz:
(exh[illegible] Ausdehnung
post [illegible], konnte
grad[illegible] Notherben ist
finden [illegible] noch
daß d[illegible] gebunden.
Enterl[illegible] Ent-
darum [illegible] Notherbe
und sie [illegible] auch
denn d[illegible] recht
und die [illegible] der
man, n[illegible] Die-
det wä[illegible] es
findigkei[illegible]
vermach[illegible] aus
ferner d[illegible]
tatem [illegible]
seyen [illegible]

30) S. [illegible]
rie[illegible]
31) S. [illegible]

aus bestimmten Gründen dieselbe zuläßt! Das s. g. odium exheredationis hat auch seiner Natur nach einen tiefer liegenden Grund, als in dem formellen Notherbenrechte. Die Ausschließung der nächsten Verwandten von der Erbschaft kann nicht begünstigt seyn und war es nie [33]; und wenn Scävola sagte: „*exheredationes non esse adjuvandas*“ [34]), — so ergiebt schon der Gegensatz und die Art, wie derselbe ausgedrückt ist („aliam causam esse institutionis, *quae benigne accipere-*

33) Es existirt allerdings unter den neueren Juristen eine Controverse: causa exheredationis, num favorabilis sit, an odiosa? (s. *Ulr.* HUBER praelect. ad tit. Digest. *de inofficioso test. Jos.* FINESTRES praelect. Cervar. ad tit. Dig. *de lib. et post.* P. IV. cap. I. §. 17 — 20.), veranlaßt durch die Aeusserung des Marcellus in der L. 10. D. *de inoffic. test.*, wonach die querela inoff. testamenti, wenn die Stimmen der Richter getheilt sind, abgewiesen, also im Zweifel für die Gerechtigkeit der Enterbung gesprochen werden soll. Und allerdings ist in der Regel für die Giltigkeit eines Testamentes zu entscheiden (L. 5. D. *test. quemadm. aper.* XXIX. 3.), wozu denn in diesem Falle noch die Regel hinzutritt, daß ein Kläger, dem die Beweislast obliegt, falls er seinen Beweis nicht führen kann, mit der Klage abgewiesen wird. Aber wie will man hierauf die Behauptung gründen, daß Enterbungen begünstigt seyen? Und in der That bezieht auch Niemand jenen favor testamentorum et reorum auf die rechtlichen Bedingungen der Ausschließung, worauf es doch hier allein ankommt. Daß in dieser Hinsicht der Testator nicht begünstigt sey, wird nicht bezweifelt. S. *Ulr.* HUBER l. l. und in Eunomia Romana ad L. 10. D. *de inoff. test.* p. 259. §. 2. 3. FINESTRES l. l. §. 19, 20.

34) L. 19. in f. D. *h. t.*

tigkeit seines Testaments strafen, weil er einen Notherben, den er ganz und gar habe ausschließen dürfen, milder behandelt habe, als dieser es verdiente. Was einem solchen Notherben auf diese Weise zugewandt worden, sey eine willkührliche Gabe, erlebe derselbe also die Bedingung nicht, so könne er hieraus keine Ansprüche auf seine Erben übertragen [32].

Es dreht sich hier wieder Alles um einen Vordersatz, der die nähere Prüfung nicht aushält. — Willkührlich war die Ausschließung nur, als noch der alte Rechtssatz: uti legassit, ita jus esto, in seiner vollen Ausdehnung bestand. Als aber das Notherbenrecht aufkam, konnte man nur sagen: „zur Ausschließung der Notherben ist ein Testirer an bestimmte Formen, und auch sonst noch an die Beobachtung gewisser juristischer Regeln gebunden. Allein dies genügt keineswegs zu einer wirksamen Enterbung, wenn sich nicht auch ergiebt, daß der Notherbe die Ausschließung verdient habe." Hierin hat sich auch nichts geändert, ausser daß Justinian das Notherbenrecht erweiterte und noch auf andere Weise, wie bisher der Fall war, für die Sicherung desselben Sorge trug. Dieser, oben hinreichend begründeten Ansicht entspricht es gewiß nicht, wenn man annimmt, daß die Ausschließung der Notherben von dem Standpuncte der Novelle aus auf irgend eine Weise rechtlich zu begünstigen sey. Ja wie ist es möglich, hieran auch nur zu denken, bei einem Gesetze, das es sich zur Hauptaufgabe macht, gegen übereilte und lieblose Ausschließungen die Notherben in Schutz zu nehmen, deshalb seine Verordnungen mit einem Verbot der Ausschließung beginnt und nur ausnahmsweise

32) Francke Notherbenrecht S. 397 a. E. bis S. 403.

aus bestimmten Gründen dieselbe zuläßt! Das s. g. odium exheredationis hat auch seiner Natur nach einen tiefer liegenden Grund, als in dem formellen Notherbenrechte. Die Ausschließung der nächsten Verwandten von der Erbschaft kann nicht begünstigt seyn und war es nie [33]; und wenn Scävola sagte: „*exheredationes non esse adjuvandas*“ [34]), — so ergiebt schon der Gegensatz und die Art, wie derselbe ausgedrückt ist („aliam causam esse institutionis, *quae benigne accipere-*

33) Es existirt allerdings unter den neueren Juristen eine Controverse: causa exheredationis, num favorabilis sit, an odiosa? (s. *Ulr.* Huber praelect. ad tit. Digest. *de inofficioso test.* *Jos.* Finestres praelect. Cervar. ad tit. Dig. *de lib. et post.* P. IV. cap. I. §. 17 — 20.), veranlaßt durch die Aeusserung des Marcellus in der L. 10. D. *de inoffic. test.*, wonach die querela inoff. testamenti, wenn die Stimmen der Richter getheilt sind, abgewiesen, also im Zweifel für die Gerechtigkeit der Enterbung gesprochen werden soll. Und allerdings ist in der Regel für die Giltigkeit eines Testamentes zu entscheiden (L. 5. D. *test. quemadm. aper.* XXIX. 3.), wozu denn in diesem Falle noch die Regel hinzutritt, daß ein Kläger, dem die Beweislast obliegt, falls er seinen Beweis nicht führen kann, mit der Klage abgewiesen wird. Aber wie will man hierauf die Behauptung gründen, daß Enterbungen begünstigt seyen? Und in der That bezieht auch Niemand jenen favor testamentorum et reorum auf die rechtlichen Bedingungen der Ausschließung, worauf es doch hier allein ankommt. Daß in dieser Hinsicht der Testator nicht begünstigt sey, wird nicht bezweifelt. S. *Ulr.* Huber l. l. und in Eunomia Romana ad L. 10. D. *de inoff. test.* p. 259. §. 2. 3. Finestres l. l. §. 19, 20.

34) L. 19. in f. D. *h. t.*

tur"), daß der Grund hiervon nicht in Förmlichkeiten zu suchen ist. Erbeseinsetzung und Enterbung sind förmliche Rechtsbegriffe; allein bei jenen wird es weniger streng genommen, weil die Absicht, eine Handlung der Liberalität ausüben zu wollen, Begünstigung verdient, nicht aber die entgegengesetzte.

31

Indessen sind allerdings die obigen Regeln (exheredatio pure fieri debet u. s. w.) streng juristische, wenn man sie gleich ebenwohl durch das allgemeine Prinzip: Ausschließungen verdienen keine Begünstigung, zu erklären suchte. — Und so kehren wir denn zu unserer Frage zurück: ob und inwieferne sie nach der Novelle 115 auf fortdauernde Giltigkeit Anspruch zu machen haben? Die Antwort hierauf kann nicht schwierig seyn, sobald man nur den eigentlichen Zweck der Novelle stets im Auge behält und nicht dem Gesetzgeber willkührlich Motive unterlegt, welche weder durch den Inhalt, noch durch den wörtlichen Ausdruck des Gesetzes begründet erscheinen. — Justinian sagt: was bisher zur Ausschließung eines Notherben erfordert wurde, soll jetzt nicht mehr genügen, sondern ausserdem auch noch eine der in dem Gesetz genannten Ursachen angeführt und gerechtfertigt werden. Ueber die erwähnten juristischen Regeln enthält das Gesetz kein Wort, — keine Andeutung, die irgend hierauf bezogen werden könnte. Will man sich nun nicht über die anerkanntesten Interpretationsgrundsätze willkührlich hinaussetzen, so muß man zugeben, daß jene Regeln die Giltigkeit, welche ihnen bis dahin zukam, auch durch die Novelle nicht verloren haben. Einzelnes hatte sich im Laufe der Zeiten und unter dem Einfluß einer dem strengen Formularrechte nicht günstigen Sitte

etwas geändert [35]), Vieles aber, ja das Meiste hatte sich erhalten, da auch im Justinianischen Rechte und ganz vorzugsweise in diesem (wie gerade die Novelle 115 ergiebt) der Grundsatz vorherrschend blieb: exheredationes non esse adjuvandas. Was nun von diesen Sätzen sich in der Compilation findet, und nicht etwa erweislich nur zum Verständniß späterer Neuerungen aufgenommen ist, ohne selbst auf practische Bedeutung Anspruch machen zu dürfen: das kann auch nicht durch allgemeine Raisonnements aus dem Vernunftrechte, der Natur der Sache, dem s. g. Geiste des neueren Rechts, und wie diese Grundlagen sonst heißen mögen, wegdemonstrirt werden; sonst würde bald allenthalben bloße Willkühr an die Stelle juristischer Bestimmtheit treten. Auch bleiben die Vertheidiger dieser Zweckmäßigkeits-Theorieen sich nicht consequent, sondern sie argumentiren aus ihren Vordersätzen nur da, wo dies ihnen zur Begründung ihrer Ansichten nöthig scheint [35a]). — Bleiben wir hier nur bei dem von Francke ganz besonders hervorgehobenem Falle einer bedingten Enterbung stehen. — Er verwirft die früheren strengen Grundsätze, nimmt aber dennoch an, der bedingt Enterbte müsse als präterirt behandelt werden, wenn er nicht auf den entgegengesetzten Fall zum Erben ernannt ist und die Bedingung beim Tode des Erblassers noch unentschieden schwebt [36]). — Ist es

35) M. s. z. B. Bd. XXXVI. des Commentars §. 1421. h. S. 428 fgg.

35a) Eine solche Inconsequenz Höpfners zeigt schon Glück a. a. O. Bd. VII. S. 273.

36) Nach der juristischen Consequenz, woran bei Rechtsbestimmungen dieser Art möglichst fest zu halten ist, durfte auch nicht einmal auf diese Weise eine bedingte Enterbung

tur"), daß der Grund hiervon nicht in Förmlichkeiten zu suchen ist. Erbeseinsetzung und Enterbung sind förmliche Rechtsbegriffe; allein bei jenen wird es weniger streng genommen, weil die Absicht, eine Handlung der Liberalität ausüben zu wollen, Begünstigung verdient, nicht aber die entgegengesetzte.

Indessen sind allerdings die obigen Regeln (exheredatio pure fieri debet u. s. w.) streng juristische, wenn man sie gleich ebenwohl durch das allgemeine Prinzip: Ausschließungen verdienen keine Begünstigung, zu erklären suchte. — Und so kehren wir denn zu unserer Frage zurück: ob und inwieferne sie nach der Novelle 115 auf fortdauernde Giltigkeit Anspruch zu machen haben? Die Antwort hierauf kann nicht schwierig seyn, sobald man nur den eigentlichen Zweck der Novelle stets im Auge behält und nicht dem Gesetzgeber willkührlich Motive unterlegt, welche weder durch den Inhalt, noch durch den wörtlichen Ausdruck des Gesetzes begründet erscheinen. — Justinian sagt: was bisher zur Ausschließung eines Notherben erfordert wurde, soll jetzt nicht mehr genügen, sondern ausserdem auch noch eine der in dem Gesetz genannten Ursachen angeführt und gerechtfertigt werden. Ueber die erwähnten juristischen Regeln enthält das Gesetz kein Wort, — keine Andeutung, die irgend hierauf bezogen werden könnte. Will man sich nun nicht über die anerkanntesten Interpretationsgrundsätze willkührlich hinaussetzen, so muß man zugeben, daß jene Regeln die Giltigkeit, welche ihnen bis dahin zukam, auch durch die Novelle nicht verloren haben. Einzelnes hatte sich im Laufe der Zeiten und unter dem Einfluß einer dem strengen Formularrechte nicht günstigen Sitte

etwas geändert[35]), Vieles aber, ja das Meiste hatte sich erhalten, da auch im Justinianischen Rechte und ganz vorzugsweise in diesem (wie gerade die Novelle 115 ergiebt) der Grundsatz vorherrschend blieb: exheredationes non esse adjuvandas. Was nun von diesen Sätzen sich in der Compilation findet, und nicht etwa erweislich nur zum Verständniß späterer Neuerungen aufgenommen ist, ohne selbst auf practische Bedeutung Anspruch machen zu dürfen: das kann auch nicht durch allgemeine Raisonnements aus dem Vernunftrechte, der Natur der Sache, dem s. g. Geiste des neueren Rechts, und wie diese Grundlagen sonst heißen mögen, wegdemonstrirt werden; sonst würde bald allenthalben bloße Willkühr an die Stelle juristischer Bestimmtheit treten. Auch bleiben die Vertheidiger dieser Zweckmäßigkeits-Theorieen sich nicht consequent, sondern sie argumentiren aus ihren Vordersätzen nur da, wo dies ihnen zur Begründung ihrer Ansichten nöthig scheint[35a]). — Bleiben wir hier nur bei dem von Francke ganz besonders hervorgehobenem Falle einer bedingten Enterbung stehen. — Er verwirft die früheren strengen Grundsätze, nimmt aber dennoch an, der bedingt Enterbte müsse als präterirt behandelt werden, wenn er nicht auf den entgegengesetzten Fall zum Erben ernannt ist und die Bedingung beim Tode des Erblassers noch unentschieden schwebt[36]). — Ist es

35) M. s. z. B. Bd. XXXVI. des Commentars §. 1421. b. S. 428 fgg.

35a) Eine solche Inconsequenz Höpfners zeigt schon Glück a. a. O. Bd. VII. S. 273.

36) Nach der juristischen Consequenz, woran bei Rechtsbestimmungen dieser Art möglichst fest zu halten ist, durfte auch nicht einmal auf diese Weise eine bedingte Enterbung

nun aber nach der Natur der Sache und nach logischen Begriffen nicht einerlei, ob der Testator sagt: „da mein Sohn mich geschlagen hat und überhaupt einen ruchlosen Wandel führt, so enterbe ich ihn auf den Fall, daß er bis zu seinem 25. Jahre nicht dies oder jenes Ehrenamt erhalten haben wird," — oder ob er noch hinzufügt: „hat er aber alsdann ein solches Ehrenamt erhalten, so ernenne ich ihn für diesen Fall zu meinem Erben"? Auch ohne diesen Zusatz ist die Absicht des Testirers: der Sohn solle Erbe werden, wenn er das Amt erhalte, gewiß nicht zu verkennen; ist der Notherbe aber auf diesen Fall ausdrücklich eingesetzt, so bleibt die Sache ja nicht weniger ungewiß, wenn die Bedingung beim Tode des Erblassers noch unentschieden schwebt [37]). Ist denn

erfolgen, daß man auf den entgegengesetzten Fall den bedingt Ausgeschlossenen zum Erben ernannte (S. Bd. XXXVI. des Comment. S. 416 fg.). Doch mag dies hier auf sich beruhen bleiben, um den Argumenten der Gegner nichts von ihrer Kraft zu benehmen.

37) Die Richtigkeit dieser Bemerkung wird man auch an den einfacheren Beispielen, welche Höpfner (Commentar §. 476. nr. 1.) anführt, leicht erproben können. Z. B. der Testirer sagt: „wenn mein Sohn, wozu er Neigung gezeigt hat, sich zu einer Socinianischen Gemeinde begiebt, so soll er enterbt seyn." So lange dies noch möglich ist, kann der Sohn nie zur Erbschaft gelangen (vorausgesetzt, daß bedingte Enterbungen überhaupt für zulässig zu achten wären). Wie will man nun dadurch bewirken, daß die Giltigkeit und Wirksamkeit einer Verfügung nach dem Tode des Erblassers weniger ungewiß sey, daß man den Sohn auf den Fall, wenn er nicht Socinianer werden würde, enterbt? Vielleicht wird man sagen: nur in dem letzten Falle finde die Möglichkeit einer Antretung der Erbschaft gegen Cautionsleistung

nun die Hinzufügung der Einsetzung auf den entgegengesetzten Fall nicht eine bloße Form, die ihren Grund und Zweck schlechterdings nicht in der Natur der Sache, sondern lediglich in dem förmlichen Rechte des Notherben haben kann? Wodurch soll denn also hier die Beobachtung dieser Form gerechtfertigt werden, wenn man einmal davon ausgeht, daß alle Subtilitäten des alten Rechts gegen den Geist der Novelle seyen und darum nicht gerechtfertigt werden könnten! Consequenter ist hierin wenigstens Höpfner, welcher indirecte Enterbungen nach heutigem Rechte für zulässig erklärt, und darum auch die Einsetzung eines filius suus unter einer zufälligen Bedingung für erlaubt hält, weil hierin schon eine indirecte Enterbung liege [38]). Zu billigen ist diese Theorie freilich nicht, weil sie ebenfalls von der nicht genug zu bekämpfenden Ansicht ausgeht, daß alles förmliche und blos positive Recht einer Kritik über Nothwendigkeit, Zweckmäßigkeit und Billigkeit desselben unterzuordnen sey. Allein consequenter ist es in jedem Falle, mit den formellen Bestimmungen über das Enterbungsrecht auch die über das Einsetzungsrecht wegfallen zu lassen, als daß man diese gelten läßt, jene aber aus allgemeinen Gründen für aufgehoben erklärt.

Steht es nun hiernach fest, daß die bisher gegoltenen juristischen Regeln über die Bedingungen einer zu

statt (L. 5. pr. D. *de B. P. sec. tab.* XXXVII. 11. L. 7. pr. in f. D. *de cond. et demonstrat.* XXXV. 1.). Allein auch dies gehört ja dem rein förmlichen Rechte an. Nach der Natur der Sache könnte auch der nur unter einer Bedingung Enterbte gegen Cautionsleistung den einstweiligen Erbschaftsbesitz erhalten.

38) Commentar §. 491. not. 8. nr. 2.

Recht beständigen Enterbung durch die Novelle 115 nicht abgeschafft sind, so ist damit auch alles Uebrige für widerlegt zu halten, was sich bei Francke sonst noch speziell über die einzelnen Regeln und deren vermeinte Nichtanwendbarkeit findet; z. B. daß ein Testament nicht ungiltig sey, wenn der zum Miterben unter einer zulässigen Bedingung ernannte, aber in defectum conditionis enterbte Sohn vor der Entscheidung stirbt [39].

Eine andere Frage aber ist: ob diese Regeln denn auf Alle, welche durch die Novelle förmliches Notherbenrecht erhalten haben, anzuwenden sey? Und diese Frage ist zu verneinen. Giltig sind sie gewiß für diejenigen, welche schon vor der Novelle eigentliches Notherbenrecht hatten, nicht blos für Söhne. Denn sie giengen im älteren Rechte auf jede Exheredatio im Sinne des förmlichen Rechts, auch auf die inter ceteros exheredatio [40]. Um so weniger konnte dies also einem Zweifel unterworfen seyn, seitdem das nominatim exheredare für alle civilrechtlichen und prätorischen Notherben vorgeschrieben war [41]. — Anders dagegen verhält es sich mit den übrigen Notherben. Für sie ist eine eigentliche Enterbung nirgends vorgeschrieben, sondern sie werden auch durch eine praeteritio adjecta causa giltig ausgeschlossen. Also jede indirecte Ausschließung derselben gilt, wenn nur

39) Notherbenrecht S. 402. Vgl. damit Bd. XXXVI. des Comment. S. 378 fg.

40) Bd. XXXVI. S. 422. und daselbst die Note 36. — Wegen derer, die blos prätorisches Notherbenrecht hatten s. L. 18. pr. D. *de B. P. c. t.* und Foerster de B. P. lib. praet. Part. II. §. 76.

41) L. 4. C. *de lib. praet.*

den Wille des Testirers auf eine unzweifelhafte Weise an den Tag gelegt ist. Und nicht unwahrscheinlich ist es, daß der mehrmals und gewiß nicht ohne Zweck ausgedrückte Gegensatz von praeterire und exheredare auch hierauf mit gehe, d. h. der Gesetzgeber dadurch zu erkennen geben wollte: wo früher eine Präterition möglich gewesen sey, da genüge jetzt das Anführen eines gesetzlichen Enterbungsgrundes, ohne daß die Beobachtung der nur auf die Exheredatio gehenden juristischen Regeln nöthig sey. Darum ist denn auch die Ausschließung dieser Notherben unter einer Bedingung nicht unzulässig, d. h. es kann ein Enterbungsgrund bedingungsweise ausgedrückt werden [42]. Ist nun die Bedingung beim Tode

42) Dies kann zweifelhaft scheinen, und zwar aus einem doppelten Grunde: Einmal, weil ja, auch abgesehen von dem besonderen Rechte des Haussohnes, Notherbenrechte nicht von Bedingungen abhängig gemacht werden sollen (L. 32. C. *de inoff. test.*), oder, wo dies gestattet ist, doch der Ausgang der Bedingung in jedem Falle unschädlich für den Notherben ist (L. 3. §. 11 sqq. *de B. P. c. t.*). — Indessen folgt daraus immer nichts gegen das Recht eines Testirers, den Notherben aus Gründen von der Erbschaft auszuschließen. Hat derselbe eine Ausschließung verdient, so kann er auch nicht mehr von einem Recht sprechen, das ihm nicht entzogen oder geschmälert werden dürfe; und warum sollte in einem solchen Falle (— soferne das förmliche Recht dies anders gestattet) die Ausschließung nicht bedingungsweise ausgedrückt werden dürfen? — Erheblicher scheint zweitens der Grund zu seyn, daß Justinian bei seinen Enterbungsursachen offenbar an einen Testirer dachte, welcher gerechter Weise dem Notherben zürnt und hierauf auch die Ausschließung stützt. Man könnte also sagen: nur aus einem in der Vergangenheit

des Testirers eingetreten, so besteht die Enterbung, als

liegenden, nicht aus einem künftigen Grunde gestattet der Gesetzgeber die Ausschließung, und diese Auslegung scheint auch dadurch noch eine Unterstützung zu erhalten, daß bei Strafverfügungen stets stricte Interpretation eintritt. — Indessen dürfte wohl folgende Ansicht den Vorzug verdienen. — Justinian beschränkte allerdings die Dispositionsfreiheit der Testirer mehr, als bisher der Fall war, indem er bestimmte Ausschließungsgründe nannte, die er allein als gerechte anerkannt wissen wollte. Allein nur gegen Willkühr und Lieblosigkeit der Erblasser will er die Notherben sichern. Diese Absicht wird eben so vollständig erreicht, wenn auch nur beim Tode des Testirers ein Enterbungsgrund vorhanden ist, als wenn dies schon zur Zeit der Testamentserrichtung der Fall war. Das Gegentheil würde eine unnöthige und ganz ausser dem Zwecke des Gesetzes liegende Beschränkung der Dispositionsfreiheit enthalten; es würde eine Ungerechtigkeit gegen den Testirer seyn, welcher gute Gründe haben kann, ein strafwürdiges Betragen des Notherben zu befürchten, dem er durch seine Verfügung gerne vorbeugen möchte. Ist blos wegen eines zur Zeit der Testamentserrichtung schon eingetretenen Grundes die Ausschließung möglich, so wird nicht nur der Notherbe der verdienten Rüge leicht entgehen, sondern der Erblasser auch Bedenken tragen, demselben sein bisheriges schlechtes Betragen zu verzeihen und nur die durch Wiederholung bewiesene Unverbesserlichkeit mit Enterbung zu bedrohen. Hiezu kommt denn noch, daß nach dem prätorischen Rechte, welches doch in materieller Beziehung allenthalben, wo nicht die Constitutionen durch Reformen eingriffen, als Grundlage des geltenden Rechts angesehen werden kann, die Todeszeit des Erblassers über die Giltigkeit der Disposition entschied (L. 3. §. 10. D. de B. P. *contra tab.* L. 12. pr. D. *de inj. rupto irr. test.* XXVIII. 3. — Foerster de B. P. lib. praet.

wäre sie unbedingt ausgesprochen[43]); von selbst versteht

Part. II. §. 6. not. 13. p. 148.). Es darf daher auch wohl angenommen werden, daß Justinian eher diesen Grundsatz des prätorischen Rechts als sich von selbst verstehend voraussetzte, als daß er zu der Strenge des alten Civilrechts zurückzukehren beabsichtigte. — Auf diese Weise kann denn auch die bedingte Enterbung eines alten Notherben, z. B. eines Haussohnes erfolgen. Wir wissen, daß eine bedingte Enterbung des Haussohnes überhaupt möglich ist, wenn man denselben unter einer Bedingung zum Erben einsetzt, und unter der entgegenstehenden enterbt (Bd. XXXVI. des Comment. §. 1421. h. S. 358 fgg.). Damit muß denn nach der Novelle 115 die Angabe eines Enterbungsgrundes verbunden werden, und daß dieser dann auch bedingt ausgedrückt werden darf, läßt sich nicht bezweifeln. Z. B. der Testirer sagt: „ich setze meinen Sohn unter der Bedingung zum Erben ein, daß er nicht zur jüdischen Religion übertritt. Für den Fall, daß dies geschähe, will ich ihn hiermit enterbt haben." Ob in diesen und andern Fällen, welche die Novelle nennt, die Bedingung nicht als rein potestative zu betrachten sey, welche der Notherbe, auch ohne auf den entgegenstehenden Fall enterbt zu seyn, erfüllen müsse? ist eine andere Frage (s. unten Note 51). Nach allgemeinen Grundsätzen ist wohl die conditio religionis non mutandae als unerlaubte zu betrachten (s. *T. J.* Reinharth sel. observat. ad *Pauli* Christinaei decisiones Vol. IV. obs. 24. Weber zu Höpfner's Comment. §. 490. not. 2. nr. 3.), von dem Standpuncte der Novelle aus kann dies bezweifelt werden. Doch kommt darauf hier nichts an, da das Beispiel immer das erweist, was es erweisen sollte. — Uebrigens kann ich mich weder auf Schriftsteller berufen, welche die hier dargelegte Ansicht vertheidigen, noch auf solche, die sie bestreiten, indem man die Frage: ob nach neuerem Rechte bedingte Enterbungen gelten? immer nur mit Rücksicht

sich dabei, daß ein Anderer auf diesen Fall zum Erben eingesetzt seyn muß, indem es sonst an einem allgemeingiltigen Erfordernisse für jede Ausschließung [44]) fehlen und unter allen Umständen die Intestaterbfolge eintreten würde. Ist aber die Bedingung weggefallen, also ein Fall eingetreten, auf welchen der Notherbe nicht enterbt seyn soll, so verliert die Enterbung ihre Kraft und Wirkung. Hätte nun der Testirer den Notherben selber für

auf das alte, förmliche Enterbungsrecht behandelt, wovon hier doch nicht die Rede ist. (S. z. B. Höpfner Commentar §. 476. und Westphal Theorie des röm. Rechts von Testamenten §. 586, welche die Frage bejahen, und Glück Comment. Bd. VII. S. 271 fg., welcher sie mit Recht verneint). Einzelnes hieher Gehörige findet sich bei *Luc. v. de* Poll de exher. et praet. Cap. LXXIII. LXXIV. und bei *Sam.* Stryk Succ. ab intestato Diss. IX. Cap. V. §. 18.

43) Diesem steht auch nicht entgegen, was Bd. XXXVI. S. 423. gesagt wird: eine consequente Anwendung allgemeiner Grundsätze führe zu dem Resultate, daß ein Testament nicht gelten könne, wenn sich ein Postumus nicht beim Tode des Testirers unbedingt in demselben enterbt finde, und eben so wenig, wenn die Bedingung der Enterbung bei seinem Erscheinen bereits eingetreten sey. — Dort war von der förmlichen Enterbung des alten Rechts die Rede. — Diese konnte aber überall nicht an Bedingungen geknüpft werden, und wenn gleich bei einem bedingt enterbten Postumus nicht sofort Nichtigkeit eintrat, sondern die Wirkung in suspenso blieb, so trat doch sein förmliches Notherbenrecht in Kraft, wenn er erschien, und blieb es auch, wenn er vor dem Tode des Erblassers nicht wieder wegfiel.

44) Vgl. oben Note 30. und Bd. XXXVI. des Comment. S. 379 fg. und S. 393.

diesen Fall eingesetzt, so würde dieser als Testamentserbe die Verlassenschaft erhalten. Zweifelhafter scheint auf den ersten Anblick der Fall, wenn ein Dritter eingesetzt ist. Der Testirer sagt z. B. Titius soll mein Erbe seyn; meine nächste Intestaterbin, die Enkelin von meiner verstorbenen Tochter, will ich auf den Fall enterben, daß sie den elenden Menschen, welchem sie ihre Neigung zugewandt hat, heirathen würde. Gesetzt also, beim Tode des Erblassers ist dieser Mensch nicht mehr am Leben, mithin der Eintritt der Bedingung unmöglich geworden. Wird alsdann der eingesetzte Erbe durch die Enkelin ganz ausgeschlossen, und, wenn man dies bejaht, ist ihr, als nächste Intestaterbin, die ganze großväterliche Verlassenschaft zuzusprechen, oder bleiben die Nebenbestimmungen nach den Regeln der Nov. 115 bestehen? Die Antwort hierauf ist nicht schwierig. Nach der Novelle war die Enkelin entweder zur Erbin einzusetzen, oder gehörig auszuschließen. Beides ist nicht geschehen. Denn da eine bedingte Willenserklärung als gar nicht vorhanden angesehen wird, wenn die Bedingung wegfällt [45]), so kann hier auch von einer Enterbung überall nicht mehr die Rede seyn. Ein Testament aber ist dennoch vorhanden, worin der Intestaterbin Jemand vorgezogen ist; sie ist mithin ohne Grund präterirt, und es tritt hier die Nullität nach der Nov. 115 ein, d. h. die testamentarischen Nebenbestimmungen bleiben giltig. — Noch bleibt der Fall übrig, wenn die Bedingung beim Tode des Erblassers unentschieden schwebt. Auch hier müssen uns allgemeine Grundsätze leiten, wobei denn noch die Analogie anderer Rechtsvorschriften zu Hilfe genommen werden muß. — Das Recht der Notherben ist an sich unab-

45) §. 2. J. *quib. mod. test. infirm.*

hängig von der Willkühr des Testirers, und darf daher auch nicht geradezu durch Bedingungen eingeschränkt werden. Eine der Erbeseinsetzung hinzugefügte Bedingung hatte zwar nach prätorischem Rechte die Wirkung, daß der Notherbe, so lange die Bedingung schwebt, aus dem Testamente Erbe werden mußte (sec. tab. bonor. poss. erhält), fiel sie aber weg, so trat nunmehr sein Erbrecht gegen das Testament ein (s. oben Note 19). Auch soll ja, nach Justinians anderswo gegebener ausdrücklicher Erklärung, das Pflichttheilsrecht durch Bedingungen nicht eingeschränkt werden [46]). Hiernach ist denn die Bedingung als nicht hinzugefügt anzusehen, soferne sie dem Notherben im Wege steht, also auch, wenn sie beim Tode des Erblassers noch unentschieden schwebt, und, falls sie berücksichtigt werden müßte, sein Erwerbsrecht verschieben würde [47]). Was ist aber Rechtens, wenn mit der bedingten Enterbung eine Einsetzung auf den entgegengesetzten Fall verknüpft wäre? Diese Bestimmungen sind nun zwar nicht geradezu auf das Notherbenrecht der Novelle 115 zu beziehen, doch liegt ihnen etwas Allgemeingültiges zu Grunde, was hier Anwendung leidet: das Recht des Notherben wird, wie jedes gesetzliche Erbrecht, mit dem Tode des Erblassers wirklich; alsdann muß es sich auch zeigen, ob er gehörig aus-

46) L. 32. C. *de inoff. test.* — S. Bd. XXXV. des Comm. §. 1421. d. S. 323 fg. (nr. II.).

47) — — „si conditionibus quibusdam, vel dilationibus, aut aliqua dispositione *moram* — vel aliud gravamen *introducente*, eorum jura, qui ad memoratam actionem vocabantur, imminuta esse videantur, ipsa conditio, vel dilatio — — — tollatur, et ita res procedat, quasi nihil eorum testamento additum esset."

geschlossen sey, oder nicht? widrigenfalls gilt er für präterirt und es tritt die Nichtigkeit des Testaments nach den Bestimmungen der Novelle ein. Will der Testirer es bewirken, daß von einer erst nach seinem Tode sich zeigenden Enterbungsursache das Recht des Notherben abhänge, so muß er denselben auf den entgegengesetzten Fall zum Erben einsetzen. Als eine zur Giltigkeit der Disposition gehörige Form darf man dies keineswegs ansehen, sondern die Verfügung besteht, weil der Notherbe gleich nach dem Tode des Erblassers die Erbschaft oder den ihm angewiesenen Erbtheil aus dem Testamente erwerben kann, mithin nicht für präterirt zu halten ist. Daraus folgt denn aber weiter, daß es von dem Ausgange der Bedingung abhängt, ob er die Erbschaft behalten könne, oder herausgeben müsse. Denn das prätorische Recht, wonach die secundum tabulas bonorum possessio der bedingt eingesetzten Notherben sich in eine contra tab. B. P. verwandelt, wenn die Bedingung nicht eintritt (Note 19) ist hier nicht anwendbar, indem, auch davon abgesehen, daß die Notherben, von denen hier die Rede ist, überall kein Recht auf contra tab. B. P. haben, dort eine Beschränkung des Notherbenrechts vorausgesetzt wird, wozu der Testirer eigentlich überall kein Recht hat, hier dagegen eine rechtserlaubte Verfügung, welche nur ohne die hinzugefügte Einsetzung mit dem Tode des Testirers ihre Wirkung verloren haben würde. Für diesen Fall tritt also das Recht ein, welches sogar der Haussohn anerkennen muß, wenn er bedingt eingesetzt und unter der entgegengesetzten Bedingung enterbt ist, also, wenn die Bedingung der Einsetzung wegfällt, so wird der Notherbe von der Verlassenschaft ausgeschlossen. Ein Unterschied findet hier indessen statt. Wenn der Haus-

sohn stark, ehe die Bedingung noch entschieden war, so fiel die ganze Disposition in Folge des Grundsatzes weg: post mortem suam filius frustra exheredabitur [48]. Dieser dem altförmlichen Rechte angehörige Grundsatz kann auf das erst durch die Novelle 115 eingeführte Notherbenrecht nicht bezogen werden, sondern es bleibt hier bei der gemeinrechtlichen Regel, daß ein bedingt eingesetzter Erbe ausgeschlossen wird, wenn er den Eintritt der Bedingung nicht erlebt [49].

Daß dabei immer vorausgesetzt werden muß, der Notherbe habe einen Miterben erhalten, versteht sich, indem, was für den Fall, daß die Bedingung der Ausschließung eintritt, oder (was einerlei ist) die der Einsetzung wegfällt, kein Testament da ist, das Testament überall nicht bestehen kann [50]. Kann aber der Testirer seinen Zweck nicht auch erreichen, wenn er den Notherben nur unter einer solchen Bedingung einsetzt, ohne ihn überhaupt auszuschließen? Ich halte dies für unbedenklich. Denn daß die Erklärung des Testirers in einer bestimmten Form geschehe, erfordert die Novelle nicht; die durch dies Gesetz eingeführte Form beschränkt sich lediglich auf die Nothwendigkeit der Einsetzung des Notherben oder der Ausschließung desselben, unter Anführung eines gesetzlichen Grundes. Da also jede indirecte Ausschließung hier genügt, und da ferner die Ausschließung unter einer Bedingung zulässig ist, so muß auch die Ein-

48) S. L. 28. pr. D. *h. t.* — Bd. XXXVI. des Comment. S. 377 fgg. (nr. B).

49) L. ult. D. *de condit. instit.* (XXVIII. 7.), *verb.*: „respondit Servius: *conditionem morte defecisse.*"

50) Bd. XXXVI. des Comm. S. 379 fg. und das. Note 43.

setzung unter der Bedingung, daß ein Enterbungsgrund nicht eintrete, für genügend erachtet werden; für diesen Fall ist also die Behauptung Höpfners richtig, daß in einer bedingten Einsetzung eine indirecte Enterbung liege[51]).

Es darf jedoch hierbei noch eine andere Frage nicht

51) S. Note 23. a. E. — Es frägt sich übrigens: ob nicht ein Gleiches auch für die alten Notherben gilt, da die Auflage, sich keiner Enterbungsursache schuldig zu machen, sich doch wohl als Potestativ-Bedingung betrachten läßt, (s. Note 42), unter einer solchen aber auch Haussöhne eingesetzt werden durften? Freilich wird dies, auch wenn man die Frage bejaht, immer aus einem anderen Gesichtspuncte, als dem im Texte erwähnten, betrachtet werden müssen, da für die neuen Notherben unbedingt indirecte Ausschließung gilt, für die alten aber nur, so- ferne sie eine ihnen zulässiger Weise auferlegte Einsetzungs- bedingung nicht erfüllen, woran sich denn auch noch an- dere Verschiedenheiten knüpfen lassen (s. Bd. XXXVI. des Comment. S. 368 fgg. nr. A). Doch auch hiervon abgesehen glaube ich nicht, daß die Frage ganz all- gemein zu bejahen sey. Für viele der Justinianischen Enterbungsursachen verstand es sich allerdings ganz von selbst, daß das Gegentheil davon als Potestativ-Bedin- gung dem Notherben auferlegt werden konnte. Wo dies aber auch nur zweifelhaft seyn kann, erfordert es die Consequenz, daran fest zu halten, daß Justinian ja nicht die Bedingungen der Erbeinsetzung, sondern die der Aus- schließung in seinem Gesetze feststellen wollte, und ausser den früheren Erfordernissen noch die Anführung eines gesetzlichen Enterbungsgrundes vorschrieb. Kann nun gleich die Enterbungsursache für jeden Notherben bedingt ausgedrückt werden, so ist ja doch damit immer noch nicht gesagt, daß die Erwähnung derselben da genügen solle, wo früher zur gehörigen Ausschließung eines Noth- erben noch etwas anders erfordert wurde.

mit Stillschweigen übergangen werden, obgleich dieselbe genau genommen mit den Untersuchungen des folgenden §. zusammenhängt. — Kann bei einer Verfügung der vorgedachten Art die Bestimmung der L. 32. C. *de inoff. test.* noch Anwendung finden, daß das Pflichttheilsrecht keinen Bedingungen und keinem Zeitaufschube unterworfen werden solle? — Man könnte etwa sagen: das Pflichttheilsrecht ist an sich unabhängig vom förmlichen Notherbenrechte; so wenig die L. 32. C. *de inoff. test.* auf das bis dahin bestandene formelle Notherbenrecht einen Einfluß haben, und namentlich den Satz des Civilrechts aufheben konnte, daß ein Haussohn nur unter einer Potestativ-Bedingung eingesetzt werden dürfe, sonst aber unter der entgegenstehenden enterbt werden müsse[52]), — eben so wenig wird auch das durch jenes Gesetz begründete Recht eines Notherben, den Pflichttheil beim Tode des Erblassers ohne Aufschub und sonstige Beschwerde zu erhalten, dadurch vernichtet, daß eine Verfügung, welche hierin eine Beschränkung anordnet, ihrer Form nach eine zu Recht beständige ist. Daraus würde denn also folgen, nicht nur, daß der Pflichttheilsbetrag dem Notherben ohne die Beschwerde der Cautionsbestellung auszuantworten wäre, sondern auch, daß er denselben nicht wieder zu restituiren hätte, wenn gleich der Erfolg der Bedingung wider ihn ausfiele. — Indessen so scheinbar auch die dafür sprechenden Gründe sind, so ist dennoch das Gegentheil richtiger. Die L. 32. Cod. cit., so wie alle das Pflichttheilsrecht betreffenden Bestimmungen setzen voraus, daß nicht der Notherbe aus einem gerechten Grunde von der Verlassenschaft ausgeschlossen sey. Ist daher die Verfügung überhaupt giltig und wirksam (— und

52) S. Bd. XXXV. des Comment. §. 1421. d. S. 330 — 333.

daß sie es sey, wurde vorhin nachgewiesen), welche die Frage: ob der Notherbe wirklich ein Recht habe oder nicht? in der oben gedachten Art von einem beim Tode des Testirers noch ungewissen Umstande abhängig macht, so kann sie dies nicht nur zum Theil, — sie muß es ganz seyn. Ereignet sich daher ein für den Notherben nachtheiliger Ausgang der Bedingung, so ist er nun als unbedingt enterbt anzusehen, da der Eintritt der Bedingung rückwirkende Kraft hat [53]. Die bloße Möglichkeit eines anderen Erfolges aber kann nicht in Betracht kommen, weil ja das Recht des Notherben hier nicht schon mit dem Tode des Erblassers eintritt, sondern erst von dem Erfolg der Bedingung abhängt.

Soviel über die Form der Einsetzung und Ausschließung nach der Novelle 115. Aber auch in Beziehung auf den sonstigen Inhalt der Novelle werden einige vorläufige Erörterungen nöthig.

I. Das Gesetz sagt da, wo es von der Ausschließung der Kinder spricht [54]:

> „Si haec observata non fuerint, nullum exheredatis liberis praejudicium generari, sed quantum ad institutionem heredum pertinet *testamento evacuato, ad parentum hereditatem liberos tamquam ab intestato* [55]) *ex ae-*

53) Arg. L. 59. §. 4. D. *de hered. instit.* (XXVIII. 5.). L. 138. pr. D. *de regul. jur.*

54) Nov. 115. cap. 3. §. 14. in f.

55) Das *tamquam* ist ein willkührlicher Zusatz der Vulgate, welcher leicht zu Mißverständnissen führen kann. Der griechische Text sagt geradezu: τοὺς παῖδας ἐξ ἀδιαθέτου — ἔρχεσθαι, d. i. liberos ab intestato — venire. — Vgl. Koch Bonorum possessio §. 8. S. 157.

qua parte pervenire, ne liberi falsis accusationibus condemnentur, vel aliquam circumscriptionem in parentum substantiis patiantur."

Und in dem folgenden Kapitel, wo von Ausschließung der Eltern die Rede ist, heißt es [56]):

„Si haec non fuerint observata, *nullam vim* (μηδεμίαν δύναμιν) *hujusmodi testamentum, quantum ad institutionem heredum habere sancimus, sed rescisso testamento eis, qui ab intestato ad hereditatem vocantur, res ejus dari disponimus.*"

Die letztere Stelle nun bestimmt ganz allgemein: es solle das Testament hinsichtlich der Erbeinsetzung keine Kraft und Giltigkeit haben; die erstere dagegen spricht nur von dem Recht der Kinder. Daß in dem einen Falle ein ganz anderes Recht eintreten solle, wie in dem anderen, ist sicher nicht beabsichtigt, am wenigsten läßt sich aber wohl annehmen, daß eine Präterition der Ascendenten noch nachtheiliger auf das Testament einwirken sollte, als die der Descendenten. Hiernach ist denn der in beiden Bestimmungen enthaltene Rechtssatz allgemein auszudrücken, und Justinian wollte entweder sagen:

„die nicht nach den Vorschriften der Novelle berücksichtigten Notherben haben ein Recht, die Aufhebung des Testaments zu bewirken, und dadurch den eingesetzten Erben zu verdrängen,"

wobei denn noch gefragt werden kann: ob und inwiefern dies Recht, wenn sie selber keinen Gebrauch davon machen, auf ihre Erben, oder auf andere Notherben übergehe? — oder der Sinn ist folgender:

56) Cap. 4. §. 8. in f.

„sind die Notherben nicht gehörig berücksichtigt, so ist das Testament, soweit es sich auf Erbeinsetzung bezieht, null und nichtig, und es wird stets der eingesetzte Erbe von den Intestaterben verdrängt, mag der Notherbe von seinem Rechte Gebrauch machen, oder nicht."

Ehe der Versuch gemacht wird, die wahrscheinliche Absicht des Gesetzgebers festzustellen, ist es wiederum nöthig, einen Blick auf das frühere Recht zu werfen.

1) Nach dem Civilrecht zerstörte die Präterition eines Haussohnes das Testament ipso jure und zwar allen seinen Bestimmungen nach. Mochte er auch den Anfall der Erbschaft nicht einmal erleben, — das Testament war und blieb ungiltig und die Intestaterben, welche zur Zeit des Anfalls der Erbschaft die nächsten waren, verdrängten allemal den eingesetzten Erben [57]). Erlebt er den Anfall, so hat er die Erbschaft ipso jure, und zwar ohne einmal sein Recht zu kennen, erworben [58]), das erworbene Erbrecht und die zum Schutze desselben zustehenden Rechtsmittel aber transmittirt er auf seine Erben [59]).

57) Pr. J. *de exhered. liberor.* — — „adeo quidem, ut, etsi vivo patre filius mortuus sit, *nemo heres ex eo testamento existere possit, quia scil. ab initio non constiterit testamentum.*" S. Bd. XXXVI. des Commentars §. 1421. h. S. 310 — 325.

58) L. 1. §. 7. D. *si quis omissa causa test. ab int. poss. hered.* (XXIX. 4.). L. 14. D. *de suis et legitimis hered.* (XXXVIII. 16.).

59) L. 1. §. 8. D. *de collat.* (XXXVII. 6.). L. 3. C. *de jure delib.* (VI. 30.). — Bd. XXXVI. des Comment. S. 337. oben. Das besondere Recht, daß, wenn ein gleich berechtigter Notherbe eingesetzt ist, dieser sich nun

Nur wenn er abstinirte, so galt dies ganz natürlich als ein Verzicht zum Besten der Testamentserben, da die nachstehenden Intestaterben durch das ihm erworbene Recht ausgeschlossen waren [60]. — Dieses nämliche Recht ist denn durch die L. 4. C. *de lib. praet.* auch auf andere civilrechtliche Notherben ausser dem Haussohne übertragen, da sie jetzt nicht mehr präterirt werden dürften, als sui aber das ihnen angefallene Erbrecht ebenfalls ipso jure erwerben.

2) Ganz anders verhält es sich mit dem Rechte der contra tabulas B. P., soferne diese eine necessaria ist. Sie setzt, wie jede testamentaria B. P., ein Testament voraus, woraus dem eingesetzten Erben eine secundum tabulas bon. poss. gegeben wird, die nur in der Collision mit der contra tab. B. P. zurückstehen muß [61]. Der Testamentserbe darf also dem prätorischen Notherben nur weichen, wenn dieser binnen der bestimmten Frist die B. P. nachsucht, und auch nur ihm hat er zu weichen nöthig. Denn die Uebergehung eines blos prätorischen Notherben begründet weder die reine Intestaterbfolge, noch überträgt sie ipso jure das Erbrecht dem zur Nachsuchung der contra tab. B. P. berechtigten [62].

nicht auf die durch den präterirten suus eröffnete Intestaterbfolge berufen durfte, sondern die Vermächtnisse zahlen mußte, kommt hier nicht in Betracht. M. s. darüber Bd. XXXVI. S. 333—336. Vgl. oben S. 31 fgg. dieses Bandes.

60) Bd. XXXVI. des Comment. S. 328 fg.

61) S. Bd. XXXVI. des Comment. §. 1421. h. S. 327. not. 18. und oben §. 1421. i. S. 6 fgg. u. S. 15.

62) L. 4. D. *de Bonor. possessionib.* (XXXVII. 1.). — Meine doctrina Pand. Vol. III. §. 696. zu Anfang.

Dieser kann daher auch vor Nachsuchung derselben kein Recht auf seine Erben bringen, und erst, wenn er sie erlangt hat, überträgt er die darauf zu gründende hereditatis petitio, wie jedes andere Klagrecht auf seine Erben.

3) Die allen Notherben gemeinschaftliche querela inofficiosi testamenti setzt gleichfalls voraus, daß der Notherbe den Anfall des Rechts erlebte[63]). Sie rescindirt ein keineswegs an und für sich schon nichtiges Testament zum Besten der Querulanten und allenfalls der mit ihm gleichberechtigten Notherben[64]), und der Uebergang des Klagerechts auf die Erben der betheiligten Notherben findet nur unter großen Beschränkungen statt[65]); auch tritt hier eine successio in querelam für nachberechtigte Notherben, aber ebenfalls mit Beschränkungen ein[66]).

Was ist nun Rechtens, wenn gegen die Vorschriften der Novelle 115 gefehlt ist? Tritt hier die Nichtigkeit (soweit die Novelle überhaupt das Testament vernichtet wissen will) von selbst ein, oder muß sie durch eine Rescissionsklage vermittelt werden? und, im ersteren Fall, kommt sie allen Intestaterben zu Gute, oder nur den betheiligten Personen selbst und allenfalls deren Erben, — im letzteren, was könnte dies für ein Rechtsmittel seyn? — Bleiben wir hierbei einstweilen stehen. — An eine durch contra tabulas B. P. vermittelte hereditatis pe-

63) Ausserdem bedurfte es für manche Fälle noch der B. P. litis ordinandae gratia. S. Bd. XXXV. des Commentars §. 1421. a. S. 155 — 157.

64) Bd. XXXV. §. 1421. e. S. 392 fgg. (nr. II.).

65) Bd. XXXV. S. 463 — 475. (nr. III.).

66) Bd. XXXV. S. 475 — 480.

titio possessoria (s. oben S. 8) ist hier gar nicht zu denken. Abgesehen von der großen Verschiedenheit der rechtlichen Wirkungen, wie sie die Novelle bestimmt, und wie die contra tab. B. P. sie gewährte, so waren ja auch die sämmtlichen Personen, welche erst durch die Novelle Notherbenrecht erhielten, zur contra tab. B. P. nicht berechtigt; eine Ausdehnung der prätorischen Rechtsformen aber ist gewiß dem Justinianischen Rechte fremd [67]). — Eher könnte Justinian hier an die querela inofficiosi testamenti gedacht haben. Denn Pflichttheilsrecht und die Untersuchung über das Daseyn eines gerechten Ausschließungsgrundes standen von jeher in der innigsten Verbindung mit dem Rechte der Querel; die Notherben aber, welche die Novelle nennt, sind sämmtlich Pflichttheilsberechtigte und durch Feststellung der Enterbungsursachen suchte Justinian ja eigentlich nur jener Untersuchung eine bestimmte Richtung zu geben und dadurch der Ungerechtigkeit und Willkühr vorzubeugen [67a]). Sodann pflegt man wohl noch anzuführen, daß die Novelle (cap. 4. in f.) die Intestaterben „rescisso testamento" zur Erbschaft beruft. Auch fehlt es dieser Ansicht nicht ganz an einem ausdrücklichen Zeugnisse, indem

67) S. meine doctrina Pandectar. Vol. III. §. 619. gegen das Ende.

67a) Man drückte dies auch wohl so aus: Justinian habe keine Testamentssolennität in der Novelle bestimmt, sondern lediglich die Gründe „ex quibus de justitia exhaeredationis constet; cum ergo causae non ad solennitates, sed justitiam testamenti pertineant, earum omissio non videri potest reddere testamentum nullum, sed actor ejus justitiam impugnat, quod nonnisi per querelam fieri potest." *Sam. de* Cocceji jus civ. controv. Lib. V. Tit. II. Qu. VII. Obs. 2.

ein Scholiast der Basiliken, nachdem er vorher davon gesprochen, daß durch die Querel auch die Vermächtnisse und Freiheitsertheilungen aufgehoben würden, hinzufügt: dies sey so nach dem alten Rechte. Wenn aber jetzt das Testament durch die Querel umgestoßen werde, so falle nur die Erbeseinsetzung weg, Vermächtnisse aber und Freiheitsertheilungen, würden gewährt [68]. In der That sind daher auch viele Juristen der Meinung, daß das Rechtsmittel, wodurch der Notherbe das durch die Novelle ihm gegebene Recht geltend mache, die querela inoff. testamenti sey [69]. Als Anhänger dieser Meinung mögen hier nur genannt seyn: der Glossator Bulgarus [70], Cujacius [70a],

68) *Scholion* Basil. ad tit. *de querela testamenti* (XXXIX. 1.) T. V. p. 257. Schol. q. in f., welches nach der im wesentlichen richtigen Uebersetzung bei Fabrotus also lautet: „Hodie namque etiam per querelam inofficiosi (ἀπὸ τῆς δε ἰνοφφιχἰοσο) infirmato testamento, quantum ad institutionem solam heredis infirmatur, legata, fideicommissa et libertates praestantur."

69) Es ist hier noch nicht die Rede von dem Verhältniß der verschiedenen Arten, wie gegen ein Testament succedirt wird. Doch bemerke ich, daß nicht blos die Schriftsteller, welche das reine Inoffiziositäts-System vertheidigen, sondern auch manche von den Anhängern des s. g. gemischten Systems hieher gehören. An dieser Stelle wird nur gefragt: durch welches Rechtsmittel wird das Notherbenrecht der Nov. 115 geltend gemacht? ohne Rücksicht darauf zu nehmen, ob man ausserdem noch andere Rechtsmittel gelten läßt, oder nicht.

70) Bei Azo in comment. ad singul. leges Cod. ad auth. *ex causa* p. 734. — Auch am Schlusse der Accursischen Glosse ad auth. *ex causa* heißt es: „Unde dic generaliter, quod omnis exheredatus, vel pro

Donellus[71]), Giphanius[72]), Vinnius[73]), Koch[74]). Wer sich zu ihr bekennt, muß denn auch die Eigenthümlichkeiten der Querel in Ansehung der dazu berechtigten Personen, insbesondere des Uebergangs auf Andere, so wie in Ansehung ihrer Dauer und sonstiger Beendigungsgründe auf sie übertragen. Daß nach Justinians ausdrücklicher Bestimmung die Beweislast hier nicht dem Querulanten obliegen, sondern der Notherbe die Wahrheit des Ausschließungsgrundes beweisen soll, steht dieser Ansicht auch nicht entgegen, da es mit der Beweislast des Querulanten ohnehin nie viel zu bedeuten hatte (s. §. 1422), in jedem Falle aber dieser Umstand nur als eine ausserwesentliche Modification betrachtet werden kann. Wichtiger ist schon der Umstand, daß durch die Querel

exheredato habitus — habet — querelam inofficiosi testamenti." Und noch bestimmter zur Novelle selbst (Collat. VIII. Tit. XII.) v. *rescisso testamento:* scil. *per querelam.*"

70a) Cujacius in *Papiniani* Lib. V. resp. ad L. 17. D. *de inj. rupto, irr. f. test.* (opp. post. ed. Par. T. I. P. II. p. 216.).

71) *H.* Donellus in comment. ad tit. *de lib. praet.* ad auth. *ex causa* nr. 6 sqq. und in comment. jur. civil. Lib. VII. cap. XIII. §. 19 sqq. (der Ausg. v. Koenig).

72) *Hub.* Giphanius in explanatione difficilior. leg. Cod. ad auth. *ex causa* C. de *lib. praet.* p. 75 sq.

73) *Arn.* Vinnius in comment. ad pr. J. *de inoff. test.* nr. 3. in f. nr. 4. und in select. jur. quaest. Lib. II. cap. XX. XXI.

74) Bonorum possessio §. 8. S. 136 fg. — Auch Valett (Notherbenrecht §. 36.) hat sich diesem System angeschlossen.

in der Regel auch die Vermächtnisse aufgehoben wurden; doch möchte ich ihn gerade nicht als wesentlich entscheidend betrachten. Auch bedarf es dessen nicht, um die Ansicht zu begründen, daß zur Geltendmachung des durch die Nov. 115 eingeführten Notherbenrechts weder die Inoffiziositäts-Querel geeignet ist, noch überhaupt es dazu einer eigentlichen Rescissionsklage bedarf. Denn die alte Grundlage der Inoffiziositätsklage: es liegt ein Testament vor, welches zwar keine förmliche Rechtsverletzung begründet, wohl aber eine unbillige (materiell-ungerechte) Gesinnung des Testirers voraussetzt — (testamentum justum quidem, sed iniquum) —, ist doch wahrlich in den Bestimmungen der Novelle nicht wiederzuerkennen, vielmehr läßt sich daraus geradezu das Gegentheil erweisen. Das Gesetz schreibt Formen vor, ohne deren Beobachtung jedenfalls die in demselben bestimmten Folgen eintreten sollen; mögen diese Formen immerhin auch nur den Schutz des Pflichttheilsrechts zum Hauptzwecke haben und dem bisherigen Schwanken in den Entscheidungen über gerechte oder ungerechte Ausschließungen — also über den Grund der querela inofficiosi testamenti ein Ziel setzen sollen: sie bleiben nichtsdestoweniger die wesentliche Grundlage für den Rechtsbestand des Testaments. Hätte der Testirer sich auch noch so liberal gegen seinen Notherben bewiesen — fehlt die Erbeseinsetzung, so braucht er das Testament nicht gelten zu lassen; und wenn die ausgesprochene Enterbung sich auch aus allen nur erdenklichen Gründen rechtfertigen ließe: ohne die ausdrückliche Hinzufügung eines gesetzlichen Grundes kann sie nicht bestehen. Das würde sich ganz von selbst verstehen, zumal nach einer von Theodos und Valentinian anderswo aufgestellten Regel über die Wirkung

eines gegen die gesetzliche Vorschrift vollzogenen Geschäfts [75]). Zum Ueberfluß ist aber die Nichtigkeit des gegen die Bestimmungen der Novelle errichteten Testaments ausdrücklich vorgeschrieben, zwar nur nach Aufzählung der Gründe, aus welchen Ascendenten enterbt werden können, gewiß aber nicht in der Meinung, hierdurch für die Ausschließung der Ascendenten und für die der Descendenten eine Verschiedenheit der rechtlichen Wirkungen festzusetzen, für die es ja an allen und jeden Gründen fehlen würde. Wenn also der Gesetzgeber sagt: falls seine Vorschriften nicht beobachtet seyen, so solle das Testament in Ansehung seines wesentlichen Theils wirkungslos seyn (*μηδεμίαν δύναμιν — — — ἔχειν*), so ist dadurch doch wohl deutlich genug die Nichtigkeit eines solchen letzten Willens Kraft des Gesetzes ausgesprochen. Zwar legen die Gegner großes Gewicht darauf, daß der Kaiser sage: *τῆς διαθήκης ἀκυρουμένης* [76]), oder: *ἀνατρεπομένης τῆς διαθήκης* [77]), und nicht etwa: *τῆς διαθήκης μηδεμίας οὔσης* i. e. testamento *nullo* constituto [78]).

75) L. 5. C. *de legib.* (I. 14.) — — imperamus, ut legislatori, quod fieri non vult, tantum prohibuisse sufficiat, ceteraque quasi expressa ex legis liceat voluntate colligere; hoc est, ut ea, quae fieri prohibentur, si fuerint facta, non solum inutilia, sed pro infectis etiam habeantur, licet legislator fieri prohibuerit tantum, nec specialiter dixerit, inutile esse debere, quod factum est." — SCHILTER Prax. jur. Rom. exerc. XIV. §. 46. Bluntschli a. a. O. S. 238.

76) cap. 3. in f.

77) cap. 4. in f.

78) *H.* DONELLUS ad auth. *ex causa* nr. 5. p. m. 434. A. VINNIUS sel. jur. qu. Lib. II. cap. XX. p. 469.

Jene Ausdrücke sollen nur auf eine Vernichtung dessen gehen, was an sich giltig sey (— rescindere, irritum facere, subvertere testamentum [79]). Indessen ist dies Argument von sehr geringem Belang. Auch die juristischen Klassiker wählten die Ausdrücke nicht mit solcher Genauigkeit, wie wir es wohl in unseren Lehrbüchern gewohnt sind. So werden bekanntlich die Ausdrücke: injustum oder irritum testamentum nicht immer in ihrer eigentlichen Bedeutung gebraucht [80]), und nullius momenti hieß bisweilen dasjenige, was doch erst durch den Prätor rescindirt werden mußte [81]), so wie umgekehrt auch auf das an sich Nichtige das Wort rescindere bezogen wurde [82]), weil ja doch die Nichtigkeitserklärung immer noch erst durch Prozeß zu bewirken ist [83]).

79) *H.* Donellus comment. jur. civil. Lib. VI. cap. XII. §. 13. — — „illud, irritum fieri, seu everti et rescindi non nisi de his recte dici potest, quae ab initio jure voluerunt." Auf ähnliche Art äussert er sich in der so eben (Note 78) angeführten Stelle seines Commentars über die auth. *ex causa.* — S. auch *Andr.* Fachinaei controvers. jur. Lib. IV. cap. XI. p. 257. Col. A. Pufendorf observat. jur. univ. T. II. obs. 9. §. 3.

80) S. meine doctrina Pand. Vol. III. §. 765. not. 7. u. 9.

81) L. 22. D. *quae in fraud. creditor.* (XLII. 8.).

82) Brissonius *de Verb. Sign.* v. *rescindere* §. 2.

83) Darum kann denn auch die Berufung auf den Epitomator Julianus für das Inoffiziositäts-System nichts entscheiden. Denn, obgleich die von ihm gebrauchten Ausdrücke darauf hinzudeuten scheinen, daß das Testament erst in Folge einer Rescissionsklage zerstört werde („*refutata* institutione testamenti; — sin autem probare non potuerint, institutiones eorum infirmentur, — — — sola institutio heredum tollatur" (cap. III.)

Ohnehin können die obigen griechischen Ausdrücke sehr füglich von Vernichtung des Testaments durch das Gesetz verstanden werden [83a]). — Erheblicher ist allerdings der Umstand, daß der griechische Scholiast in Beziehung auf die Novelle 115 geradezu von einer querela inoff. test. spricht (s. Note 68). Indessen kann diese doch immer nur zweifelhafte Auctorität [84]) die entgegenstehenden Gründe nicht aufwiegen. Und selbst wenn das Scholion seinem Inhalte nach einem Zeitgenossen Justinians zuzuschreiben wäre, würden wir darum doch der Novelle noch keinen Sinn beilegen dürfen, welcher dem Inhalte wie dem Ausdrucke derselben geradezu widerspricht. In einer Zeit, wo große Genauigkeit juristischer Begriffe und ihrer Anwendung nicht eben gewöhnlich war, kann es wohl schwerlich befremden, wenn einzelne Juristen hier die zur Geltendmachung des alten Pflichttheilsrechts übliche Klage nannten, ungeachtet sie zu dem Inhalte des Gesetzes nicht mehr paßte [85]). — Auf eine angeblich neue Art suchte Franz Schöman das Inoffiziositätssystem zu begründen, nämlich durch einen s. g. psychologischen

— — — „testamentum non rescindatur" (cap. IV.), — so erklärt sich dies doch hinreichend daraus, daß, wenn nicht der Testamentserbe freiwillig nachgiebt, es ja erst durch richterliche Entscheidung festgestellt werden kann, ob die gesetzliche Nullität vorhanden sey oder nicht. Sehr gute Bemerkungen hierüber finden sich bei Bluntschli a. a. O. S. 270 fg.

83a) Vgl. Bluntschli a. a. O. S. 236. Francke Notherbenrecht S. 376 fg.

84) K. Witte im Rhein. Museum für Jurisprudenz, herausgegeb. von Hasse u. s. w. 2ter Bd. S. 275 a. E. fg.

85) Vgl. hiermit Bluntschli a. a. O. S. 240. Francke Notherbenrecht S. 367. 368.

Beweis [86]. Indessen geht seine ganze Deduction darauf hinaus: die Unstatthaftigkeit der Querel beruhe auf einer dem Testirer zugefügten und von ihm auch tief empfundenen Kränkung. Justinian habe nun die Enterbungsursachen fixirt und die Anführung derselben im Testamente vorgeschrieben, um eines Theils den Notherben gegen eine übertriebene Empfindlichkeit der Erblasser sicher zu stellen, anderen Theils der Willkühr des Richters Schranken zu setzen, und diesem zugleich die Ueberzeugung zu verschaffen, daß der Testirer die ihm zugefügte Kränkung nicht wieder verziehen habe. — Da dieser Zusammenhang zwischen der alten Querel und dem Recht der Novelle oben schon hinreichend berücksichtigt ist, so wird es hier einer besonderen Widerlegung dieser Ansicht nicht bedürfen.

Also, es tritt eine gesetzliche Nullität ein, wenn gegen die Vorschrift der Novelle gefehlt ist, wie denn dies auch von den meisten Rechtsgelehrten angenommen ist. Ich nenne von diesen aber jetzt [87] nur den Glossator Martinus Gosia [88], Bartolus [89], Cocceji [90],

86) Handbuch des Civilrechts Bd. I. Abh. IV. S. 139 fgg. — Glück hat die Schöman'sche Ansicht buchstäblich zu der seinigen gemacht (Bd. VII. d. Comm. §. 555. S. 396 fgg. Ich kann indessen das von mir in einer andern Schrift (Cession der Forderungsrechte S. 302 Note 110. d. 2. Aufl.) über diesen psychologischen Beweis ausgesprochene Urtheil nicht zurücknehmen. Vgl. auch Francke Notherbenrecht S. 378. Note 28.

87) Vgl. die Bemerkung in Note 69.

88) S. die Accursische Glosse zur Auth. *ex causa* v. *irritum.* „Irritum est *ipso jure*" und zu Nov. 115. c. 3. §. fin. v. *nullum* „ipso jure sec. *Mart.* et *Azo.*"

Haubold [91]) und die beiden neuesten Schriftsteller über das Notherbenrecht [92]).

Die Juristen nun, welche das Nullitätssystem vertheidigen, nennen das Rechtsmittel, wodurch diese Nullität geltend gemacht wird, jetzt gewöhnlich querela nullitatis juris novi [93]). Schneidt wollte sie condictio ex lege (ex Nov. 115) benannt wissen [94]), wogegen mit Recht bemerkt ist, daß diese Benennung nur auf persönliche Klagen passe, mithin hier nicht anwendbar sey [95]).

89) Bartolus sup. Cod. ad auth. *ex causa* Cod. *de lib. praet.* nr. 12. „Si causa non fuit inserta, tunc potest dicere nullum."

90) *Sam. de* Cocceji jus civ. controv. Lib. V. Tit. II. Qu. VII.

91) *C. G.* Haubold de differentiis inter testamentum nullum a inofficiosum c. VII. (in opusc. acad. ed. *C. Fr. Chr.* Wenck Vol. I. p. 49 sqq. — Vgl. auch die Bemerkungen des Herausgebers in praefat. p. XXII.

92) Bluntschli a. a. O. S. 236—240. Francke a. a. O. §. 30. S. 382 fgg.

93) S. Höpfners Commentar §. 525., Koch Bonorum possessio S. 133 fgg. Glück Commentar Bd. VII. S. 339 fgg. und überhaupt die neueren Schriftsteller, welche diesen Gegenstand berühren. — Der Ausdruck: testamentum *nullum jure novissimo* kommt schon bei Baldus vor (ad auth. *ex causa* Cod. *de lib. praet.* nr. 19.).

94) *J. M.* Schneidt diss. de querela inofficiosi inter parentes et liberos exule. Wirceb. 1778. — Ich kenne diese Schrift aus eigner Ansicht. S. über ihren Inhalt, soweit dieser hieher gehört, Glück Bd. VII. des Comment. S. 341 fgg. und Weber zu Höpfner §. 525. not. 2.

95) Koch B. P. S. 148. Glück a. a. O. S. 343. Weber

Denn sie ist (wie die s. g. Nullitätsklage des älteren Rechts) eine hereditatis petitio intestati [96]), man könnte allenfalls sagen *ex causa nullitatis* [97]), sobald sich nur nicht die Idee damit verbindet, als bedürfe es erst einer Vernichtung des Testaments vermittelst dieser Klage; dies ist hier eben so wenig der Fall, als im alten Rechte, wenn der Haussohn präterirt war, und darum auch nicht einmal nöthig, daß der Antrag auf Nichtigkeitserklärung gerichtet werde [98]).

Durch diese hereditatis petitio (welche wir in der Folge der Kürze wegen immer quer. nullitatis juris novi nennen wollen) schließt der Notherbe die Vermächtnißnehmer nicht aus, und sonach wirkt die Nullität freilich immer nur unvollständig. Auch dies hat man gegen das Nullitätssystem zu benutzen gesucht. Und allerdings scheint der Einwurf nicht ohne Grund; denn was null und nichtig ist, sollte man denken, müßte auch für Niemanden Rechtswirkungen erzeugen können. Allein Rechtsbegriffe dürfen nicht nach logischen Formeln gemodelt werden. Der Gesetzgeber kann bestimmen, wie weit die Nichtigkeit sich erstrecken soll; hier hat er dies gethan und dadurch sich noch keinen Widerspruch zu Schulden

zu Höpfner §. 252. not. 2. a. E. Francke Notherbenrecht S. 380.

96) Vgl. Haubold l. l. c. II. p. 8. und Bd. XXXVI. des Comment. S. 310.

97) Weber a. a. O. nennt sie auch hereditatis petitio qualificata.

98) Francke a. a. O. S. 379. — Die Practiker finden einen solchen Antrag freilich nöthig. S. Schmidt's Lehrbuch von gerichtlichen Klagen und Einreden §. 540. der Weber'schen Ausg.

kommen lassen. Denn, soweit er das Testament nichtig werden lassen will, tritt diese Nichtigkeit von selbst (ipso jure) ohne richterliche Vermittlung ein. Immerhin mag man unvollkommene Nullitäten Anomalien nennen; dahin muß man ebenfalls solche Geschäfte rechnen, welche rescindirt, d. h. durch den Richter vernichtet werden sollen, und dennoch theilweise bei Kräften bleiben, wie dies ja gerade von der Inoffiziositäts-Querel gilt [99]). Also dadurch, daß das Testament in einzelnen Beziehungen giltig bleibt, ist immerhin nichts gegen die Nichtigkeitstheorie erwiesen; denn sonst müßte man auch nicht sagen können, das Testament werde rescindirt, und dies behaupten doch eben die Vertheidiger des Inoffiziositäts-Systems.

Aber freilich müssen wir ausser der eben erwähnten noch andere Beschränkungen der Nullität eines solchen Testaments anerkennen. Nichtig in dem Sinne ist es nicht, wie nach Civilrecht das Testament, worin ein Haussohn präterirt war. Doch ist dies, bei dem Mangel aller Aeusserungen hierüber in dem Gesetze, nicht ausser Zweifel. — Es frägt sich also

1) von welchem Zeitpunct beginnt die Nichtigkeit, — mit dem Moment der Testamentserrichtung, oder erst, wenn das Recht dem Notherben deferirt ist? — Wird ersteres bejaht, so tritt die Intestaterbfolge ein, auch wenn der Notherbe beim Tode des Erblassers weggefallen ist. Und dafür scheinen die Worte des cap. 4. zu sprechen: „Si haec non fuerint observata, *nullam vim hujusmodi testamentum habere sancimus*, *sed eis*, *qui ab intestato ad hereditatem vocantur*,

99) Haubold diss. cit. c. VII. p. 49.

res dari disponimus." Allein mit dem deutlich ausgesprochenen Zweck des Gesetzes, die Notherben gegen Unbilligkeit zu sichern, würde dies schwer zu vereinigen seyn. Daß ein Haussohn nicht präterirt werde, gehörte mit zur Form des Testaments, und ein letzter Wille, dem es an diesem Erforderniß fehlte, existirte im Rechtssinne eben so wenig, als ein solcher, dem die äußere Form fehlte[100]. Ganz anders verhält es sich hier. Die Novelle stellt allerdings formelle Bedingungen der Giltigkeit eines Testaments auf, ohne deren Befolgung dieses nicht bestehen kann; aber diese Formen sollen nur zur Sicherung von Rechten dienen, über deren Vorhandenseyn erst beim Tode des Testirers entschieden werden kann. „Haec autem disposuimus (heißt es im fünften Kapitel), ut et parentes et filios a testamentorum *injuria* (ἀπὸ τῆς τῶν διαθηκῶν ὕβρεως — die Kränkung, welche in der lieblosen Ausschließung liegt [1])) liberos reddamus." Diesen schon oft zur Sprache gebrachten materiellen Zusammenhang zwischen dem alten Pflichttheils- und dem Querelrecht, und dem der Nov. 115 darf man nie übersehen, und muß ihn für die Frage, wovon hier die Rede ist, um so

100) Es hatte ein Testament, dem die äussere civilrechtliche Form fehlte, wenn es nur als prätorisches Testament bestehen konnte, sogar noch mehr Wirkungen, als dasjenige, worin ein suus präterirt war. S. Bd. XXXVI. des Comment. S. 314 — 317.

1) Das ist ja der Gesichtspunct, von welchem man bei der inofficiosi querela ausging: es ist die erlittene Beleidigung, welche der lieblos behandelte Notherbe durch diese Klage gut gemacht wissen will. S. meine Cession der Forderungsrechte S. 296. nr. A. und S. 302. nr. 2. (d. 2. A.) u. Bd. XXXV. des Comment. S. 373.

mehr festhalten, als ja auch nach prätorischem Recht, welches doch allenthalben den Uebergang zwischen dem alten Recht und dem der Constitutionen vermittelte, die Giltigkeit eines Testaments nach der Todeszeit des Erblassers bestimmt wurde [2]). Hieraus folgt denn, daß, wenn der nicht auf gehörige Art ausgeschlossene Notherbe beim Tode des Testirers nicht mehr am Leben, oder sonst, etwa durch eine magna capitis deminutio, ausgeschieden ist, nunmehr nicht andere Intestaterben an seine Stelle treten, sondern das Testament vollkommen wirksam erscheint. Und daß dies in der That auch die Meinung des Gesetzgebers war, ist in Beziehung auf die Descendenten deutlich genug durch die Worte erklärt: „Si haec observata non fuerint, *nullum fieri praejudicium exheredatis liberis*“. Also nur diesen soll aus der Verfügung kein Nachtheil erwachsen. So hätte sich der Kaiser sicher nicht ausgedrückt, wenn er wollte, daß durch Vernachlässigung seiner Vorschriften stets die Intestaterbfolge eröffnet werde. Hiernach ist denn der allgemeinere Ausdruck in Beziehung auf die Enterbung der Ascendenten (eis, *qui ab intestato vocantur*, res dari disponimus) ebenfalls so zu verstehen, daß der Kaiser dabei keineswegs an alle und jede Intestaterben dachte [3]).

2) S. oben S. 232. Note 42.

3) Hiermit stimmen auch die beiden neuesten Schriftsteller über Notherbenrecht überein. Bluntschli a. a. O. S. 241 fg., (er hätte aber freilich vorher — S. 238 nicht sagen dürfen: das gegen die Vorschrift der Nov. errichtete Testament sey von Anfang an gegen den ausdrücklichen Willen des Gesetzes errichtet; sondern das Gesetz annihilirt es nur, wenn sich beim Tode des Testirers zeigt, daß Notherbenrechte verletzt seyen); Francke Notherbenrecht S. 383 — 385).

Ganz von selbst versteht sich übrigens, daß, wenn zwar beim Tode des Erblassers ein näherer Notherbe weggefallen, ein entfernterer aber vorhanden ist, dieser nun das nämliche Recht geltend macht, was jenem zugestanden haben würde. Von einer successio in querelam nullitatis darf man hier auch nicht sprechen, da der vor dem Erblasser verstorbene Notherbe ein solches Recht überall nicht hatte, folglich auch ihm Keiner hierin succediren konnte. Wäre er daher gehörig berücksichtigt, der auf ihn folgende aber nicht, so würde nun allemal nach der Analogie der ruptio testamenti per postumi agnationem eine Zerstörung des Anfangs giltig errichteten letzten Willens eintreten. Und daß der Testirer auch auf einen solchen Fall schon im Voraus Rücksicht nehmen und den nachrückenden Notherben ausschließen darf, leidet nach der nämlichen Analogie nicht das mindeste Bedenken[4]. — Wie aber, wenn der nächste Notherbe überall

4) Arg. L. 28. §. 1. in f. D. *h. t.* L. 23. pr. *eod.* — Zwar heißt es in der L. 8. §. 8. D. *de bon. poss. contra tab.* „In *extraneo* Marcelli sententiam probat, *ut exheredatio ei adrogato postea non noceat.*“ Und es kann auch wohl keinem Zweifel unterworfen seyn, daß, was hiermit ausgedrückt werden sollte, auch noch nach der Novelle gilt. Man nehme an, daß der Testirer einen dritten, ihn weiter gar nichts angehenden Menschen enterbte, weil er von ihm schwer beleidigt worden sey, darauf ihn adoptirte, ohne sein Testament abzuändern. Kann diese Enterbung Wirkung haben? Gewiß nicht. Denn die Enterbung ist hier an sich eine ganz bedeutungslose Handlung, und sie erscheint es um so mehr, als die spätere Adoption des Ausgeschlossenen damit in einem gewissen Widerspruche steht (Bd. 36. des Comment. S. 286). Anders verhält es sich, wenn schon durch den

nicht, sondern nur der entferntere berücksichtigt ist, und nun beim Tode des Erblassers dieser der nächste ist, gilt alsdann das Testament? — Wir sehen auch hier ganz von der Frage nach der fortdauernden Giltigkeit des alten Notherbenrechts ab und sprechen nur von dem Recht der Novelle. Man denke sich also z. B. eine Testirerin, welche ihr schwächliches Kind übergeht, weil sie sich überzeugt hält, daß es sie nicht überleben werde, ihren Vater aber aus einem gesetzlichen Grunde enterbt. Das Kind stirbt auch vor der Mutter. Ist alsdann das Testament unter der Voraussetzung giltig, daß die Enterbungsursache erwiesen werden kann? Die Bejahung dieser Frage ist gewiß ganz unbedenklich. Denn der

Lauf und die Ordnung der Natur der Ausgeschlossene in ein Notherbenverhältniß zu dem Erblasser treten kann. Daß hier der Testirer auch schon zu einer Zeit, wo er nicht nöthig hatte, ihn zu berücksichtigen, dennoch auf ihn Rücksicht nimmt, ist eben so natürlich, als daß dies nicht ohne rechtliche Wirkung bleiben kann, wenn der Fall eintritt, an den der Testirer denken konnte und mußte (L. 28. §. 1. in f. *h. t.* „Si heres sit institutus vel exheredatus filius, non rumpitur (testamentum), *quia nullo circa eum novo facto, sed ordine quodam naturali nactus est potestatem*" (testator). Ja, man ließ in einem solchen Falle die Wirkung der Ausschließung gelten, wenn ein emancipirtes Kind des Erblassers nach der Enterbung vom Vater wieder adrogirt wurde, weil hier doch die Enterbungshandlung gleich Anfangs Zweck und Bedeutung hatte (L. 23. pr. D. *h. t.* L. 8. §. 7. D. *de B. P. c. t.* „Si quis emancipatum filium exheredaverit, eumque postea adrogaverit, Papinianus ait, *jura naturalia in eo praevalere idcirco exheredationem nocere*"). M. s. über alles dies Bd. XXXVI. des Comment. §. 1421. h. S. 279 — 299.

Gesichtspunkt der altcivilrechtlichen Nullität läßt sich ja hier nicht anwenden, sondern wenn der, welcher beim Tode des Testirers der Nächste ist, sich im Testamente gehörig berücksichtigt findet, so ist dies gegen Anfechtung gesichert.

Betrachten wir jetzt

2) den Fall, wenn der Notherbe den Anfall des Erbrechts zwar erlebt, aber vor Anstellung der Klage mit Tode abgeht, wobei denn die Frage entsteht: ob alsdann sein Recht auf seine Erben übergeht? Francke findet kein Bedenken, diese Frage ganz allgemein zu bejahen[5]), und dies wäre auch im Ganzen außer Zweifel, wenn die Nullitätsquerel als gewöhnliche Klage betrachtet werden könnte, da jede Klage, sobald sie begründet ist, in der Regel auf die Erben übergeht, die besonderen Beschränkungen aber, wie sie für die Inofficiositätsquerel gelten, hier nicht angenommen werden dürfen. Allein sie ist ja eine hereditatis petitio intestati, wie Francke auch selbst annimmt[6]). Die hereditatis petitio aber ist nicht auf Erwerb des Erbrechts gerichtet, sondern setzt voraus, daß dieses dem Kläger bereits erworben

5) a. a. O. S. 387. — Und auf ähnliche Art äussert sich auch Haubold Diss. cit. cap. VII. p. 51: „Septima (differentia), quod querela nullitatis transeat *indistincte* ad heredes: inofficiosi autem tum demum, quando ab ipso excluso praeparata fuit, exceptis nepotibus."

6) a. a. O. S. 379. „Die Klage des Notherben ist die hereditatis petitio, welche ihm als Intestaterben zusteht. Und nennt man gleich heut zu Tage diese Klage allgemein Nullitätsquerel, so ist sie doch entschieden als hereditatis petitio zu behandeln."

sey [7]. Wird nun gleich das Testament nicht erst durch die Klage rescindirt, sondern schon durch das Gesetz vernichtet, so ist dadurch blos die Intestaterbfolge eröffnet, nicht auch schon dem Erben das Erbrecht erworben [8]. Tritt nun mit dem Anfall des Rechts zugleich dessen Erwerb ein, so geht allerdings die Klage auf die Erben über. Ist also der Notherbe suus heres, so transmittirt er sein Recht unbedenklich auf seine Erben. Sonst aber muß erst nachgewiesen werden, daß dem Notherben das Erbrecht erworben sey. Hiezu bedarf es freilich einer bloßen Erklärung, daß man Erbe werden wolle, und selbst die stillschweigende Willenserklärung genügt hier [9], weshalb denn die Anstellung der hereditatis petitio, ja die bloße ernstliche Aeußerung, daß man sie anstellen wolle, unter der Voraussetzung des Rechts dazu, schon einen Erbschaftserwerb enthält [10]. Allein ist auch nicht einmal eine Aeußerung, oder eine Handlung erfolgt, woraus sich die Absicht, Erbe werden zu wollen, schließen läßt, so erfordrrt es die Consequenz, dem Erben des Notherben, welcher Erbrecht nicht ipso

7) Es ist die Klage, per quam intendimus, *hereditatem esse nostram.* Vgl. Gajus in L. 3. und L. 10. §. 1. D. *de hered. petit.* (V. 3.) und in den Institutionen comment. IV. §. 17.

8) Vgl. hier meine doctrina Pand. §. 631. nr. 2. und die daselbst in Note 7 enthaltenen Citate.

9) §. 7. J. *de her. qual. et differ.* L. 20. pr. L. 86. §. 2. D. *de acq. vel omitt. her.* (XXIX. 2.).

10) Aus diesem Gesichtspuncte erklärt es sich denn auch, daß die Vorbereitung der querela inoff. test. einen Uebergang derselben auf die Erben bewirkte. Vgl. Bd. XXXV. des Comment. §. 1421. e. S. 463. nr. III. u. das. Note 63.

jure erwirbt, die Nullitätsquerel abzusprechen. — Ein Gleiches muß man in dem Falle annehmen, wenn der Notherbe auf eine giltige und wirksame Weise unter einer Bedingung eingesetzt ist und vor Eintritt der Bedingung mit Tode abgeht, da ein bedingtes Erbrecht nicht transmittirt wird [11]). Dabei zeigt sich denn aber wieder ein Unterschied zwischen den Notherben des ältern Rechts, und denen, welche erst durch Nov. 115. Notherbenrechte erhalten haben. Für jene gilt die Regel, daß die Bedingung als gar nicht hinzugefügt anzusehen ist, wenn sie vor dem Eintritt derselben sterben [12]). Sind sie sui heredes, so haben sie allemal die Erbschaft ipso jure erworben, transmittiren also ihr Recht auf ihre Erben; im entgegengesetzten Fall würde zwar zur Transmission eine an sich den Erbschaftserwerb begründende Handlung nöthig werden, dadurch aber den Erben das Recht erhalten seyn, auch wenn der Notherbe den Ausgang der Bedingung nicht erlebt. Für die neuen Notherben dagegen kommt der Grundsatz zur Anwendung: morte conditio deficit. Ob es ihnen durch Annahme einer secundum tabulas bonorum possessio möglich wird, die Transmission ihres Rechts auf die Erben zu bewirken, ist eine Frage, die hier noch überall nicht untersucht werden kann [13]). Dürfte man diese Frage aber auch ganz allgemein bejahen, so würde doch das Recht der Erben immer von dem wirklichen Eintritt der Bedingung abhängen, wogegen die Erben der alten Not-

11) L. ult. D. *de condit. instit.* (XXVIII. 7.).

12) Vgl. Band XXXVI. S. 368 — 384, und oben S. 230 fg. und S. 238 fg.

13) Vorläufig s. m. hierüber **meine** doctrina Pand. Vol. III. §. 649. Note 3. und Note 6 — 9. und §. 702. nr. 1. 2.

erben nach dem Tode ihrer Erblasser allemal ein unbedingtes Recht erlangen.

3) Abstinirt der Notherbe, so versteht sich von selbst, daß seine Erben jetzt überall keine Ansprüche haben, da auf sie kein Recht transmittirt werden kann, worauf ihr Erblasser bereits Verzicht geleistet hat. Aber auch in Beziehung auf das Recht der nachstehenden Intestaterben kann schon nach allgemeinen Grundsätzen kein anderes Resultat eintreten, als dasjenige, welches auch für den Haussohn im alten Rechte galt; d. h. da der Notherbe als der Nähere die entfernteren Intestaterben ausgeschlossen hat, so ist für diese auch nur unter der Voraussetzung ein Erbrecht möglich, daß gar kein Testament existirte; sonst gehen die Testamentserben vor, da der Gegner, mit welchem sie sich einzulassen genöthigt werden konnten, ihnen gewichen ist [14]. Hieraus läßt sich denn auch die Frage beantworten: ob es eine successio in die Nullitätsquerel gebe, wie bei der querela inofficiosi testamenti? In dieser Succession liegt offenbar etwas Anomalisches, da man doch nicht eigentlich sagen darf, daß der Testirer dadurch lieblos gehandelt habe, daß er diejenigen Verwandten nicht berücksichtigte, denen näher Berechtigte vorgiengen [15]. Man darf dies Recht daher wohl als eine Eigenthümlichkeit der Inofficiositätsquerel betrachten und es schon darum nicht auf ein ganz verschiedenes Recht übertragen. Da nun nach dem Obigen der Testamentserbe nur durch denjenigen ausgeschlossen werden kann, welcher beim Tode des Erblassers der Nächste ist, so leidet es keinen Zweifel, daß

14) Band XXXVI. S. 328. — Vgl. auch Bluntschli S. 241. a. E. und Francke Notherbenrecht S. 387.

15) Bd. XXXV. S. 474 fgg.

die Frage verneint werden muß. Francke, welcher eben diese Ansicht sehr gut ausführt[16]), fügt indessen eine Einschränkung hinzu, die sich schwerlich rechtfertigen läßt. Er meint nämlich, daß man die Succession allenfalls zulassen könne, wenn der Erblasser den nächsten Erben aus triftigem Grunde ausgeschlossen und einen Fremden zu seinem Erben ernannt hat. Durch diese Ausschließung sey das Erbrecht des Ausgeschlossenen vernichtet und darum genüge der Erblasser gegen die nachstehenden Notherben seiner Verbindlichkeit nicht, wenn er Fremden sein Vermögen zuwende, weshalb sich denn in diesem Falle das Nachrücken der entfernteren Notherben wohl vertheidigen lasse. — Allein aus welchem Rechtsgrunde? Francke sagt ja selbst, daß der nachstehende Erbe nicht zur Intestatsuccession berufen, und auch in dem von ihm angenommenen Falle der nachstehende Erbe nicht der nächste Intestaterbe sey. Er erkennt es auch bei dieser Gelegenheit wieder an, daß die Novelle Formen vorschreibe, und meint nur, daß es billig sey, das Recht der Querel hier zur Anwendung zu bringen. Indessen gerade in diesem Punct scheint das Recht der Querel am wenigsten gebilligt werden zu können, da die Anwendung des Successionsrechts manche Schwierigkeiten hat, und selbst nicht einmal außer Streit ist, wie weit dasselbe gehe. Hier bleibt es also wohl am füglichsten bei der Regel des alten Rechts, daß der Entferntere durch rechtsgiltige Ausschließung des Näheren kein Notherbenrecht erhält[17]).

16) Notherbenrecht S. 387 — 399.

17) L. 9. §. 2. D. *h. t.* „Si filium exheredavero, nepotemque ex eo praeteriero, et alium heredem instituero, *et supervixerit filius post mortem meam*, licet

4) Wie ist nun aber das Rechtsverhältniß gleichberechtigter Intestaterben zu bestimmen? — Auch hier muß erst noch an das ältere Recht erinnert werden. — a) Die Präterition eines Haussohns erzeugt Nullität und führt zur Intestaterbfolge, an welcher auch der an sich giltig Ausgeschlossene Theil nimmt [18]). Ist aber ein gleichberechtigter Notherbe eingesetzt, so kann dieser als Testamentserbe auftreten (nur erhält er dadurch immer nicht mehr, als seinen Intestaterbtheil), er kann aber auch der Intestaterbfolge sich anschließen, jedoch mit der Beschränkung, die Vermächtnisse an die conjunctas personas zu zahlen, wie wenn er die aus dem Recht des Präterirten (commisso per alium edicto) ihm angebotene contra tabulas B. P. angenommen hätte [19]). — b) Ist nur prätorisches Notherbenrecht verletzt (also ein Emancipirter präterirt), so bleibt der giltig Enterbte ausgeschlossen und sein Theil fällt den zur contra tab. B. P. Berechtigten zu [20]). Machen nicht Alle ihr Recht geltend, so wird doch der Eingesetzte immer vollständig ausgeschlossen und der Jenen zukommende Theil fällt jure accrescendi an die Uebrigen [21]). — c) Die querela inoff. test. bewirkt in der Regel nur die Rescission des Testaments für den Intestaterbtheil des Querulanten, der Theil des Enterbten, oder durch das Gesetz Ausge-

ante aditam hereditatem decesserit, non tamen nepotem rupturum testamentum."

18) L. ult. D. *h. t.* — S. Bd. XXXV. S. 394. not. 11. b. und oben S. 14 fg. dieses Bandes (nr. 2.).

19) S. oben S. 31. 2. a. u. S. 32 a. E. fgg.

20) Bd. XXXV. S. 394. Not. 11. und oben S. 8 fg. auch das. Note 16.

21) S. oben S. 8. u. das. Note 12 und 14.

schlossenen bleibt bei dem eingesetzten Erben, der des Verzichtenden oder durch Verjährung Ausgeschlossenen accrescirt den Uebrigen zur Querel Berechtigten, und würde in Folge der nur von Einem angestellten Querel dennoch auf Rescission des Ganzen erkannt, so kommt dies Urtheil allen gleichberechtigten Intestaterben — nicht blos den zur Querel Berechtigten — zu statten [22]).

Was nun das Recht der Nov. 115. anbelangt, so ist vor allen Dingen nicht außer Acht zu lassen, daß hier nicht von einem durch Rechtsmittel zu rescindirenden, sondern von einem durch das Gesetz vernichteten letzten Willen die Rede ist, wovon die Wirkung, sofern nicht aus besonderen Gründen Einschränkungen nachgewiesen werden können, sich sofort und unmittelbar bei dem Tode des Testirers äussert. Diese Wirkung nun bestimmt das Gesetz so: „liberos ab intestato ex aequa parte pervenire," (cap. 3. in f.) oder: „eis, qui ab intestato vocantur, res dari" (cap. 4. in f.). Also, die Regeln der Intestaterbfolge sollen hier entscheiden, wie dies auch, abgesehen von einigen Modificationen, bei dem nach altem Civilrecht nichtigem Testamente der Fall war. Die folgenden Bemerkungen ergeben sich daraus zum Theil als bloße Folgesätze:

a) die Erbschaft wird zu gleichen Theilen unter die Intestaterben (in capita, lineas oder stirpes) vertheilt, welche beim Tode des Erblassers die nächsten waren.

b) Scheidet von diesen Einer oder der Andere nach dem Anfall, aber vor der Erklärung, ob er Erbe werden wolle oder nicht, durch den Tod aus, so war er entweder suus heres oder nicht. Im ersten Falle treten

22) Bd. XXXV. S. 392 — 434. (nr. II.).

seine Erben an seine Stelle (s. oben S. 261. nr. 2.), im letzten accrescirt sein Theil den übrigen mit ihm zur Intestaterbfolge Gleichberechtigten [23]. Verzichtet er, so kann auf seinen Erben immer nichts kommen; nur die Frage läßt sich hier aufwerfen: ob sein Erbtheil den übrigen Intestaterben accrescire, oder bei dem eingesetzten Erben bleibe? Ist ihm noch nichts erworben, so treten ganz ausser Zweifel die übrigen Intestaterben jure accrescendi an seine Stelle [24]. War ihm aber (als suus oder durch Erbschaftsantretung) sein Recht schon erworben, so ist nunmehr die Wirkung der gesetzlichen Richtigkeit in der Hauptsache bereits eingetreten, und ein alsdann erst erfolgender Rechtsverzicht kann nur aus dem allgemein-rechtlichen Gesichtspuncte einer Verfügung über das Seine beurtheilt werden. Es kommt mithin alles darauf an, zu wessen Besten der Verzicht geschehen ist. Im Zweifel wird wohl anzunehmen seyn, daß der Notherbe dadurch das Testament anerkennen, also seiner Seits auf die Klage wider den eingesetzten Er-

23) L. 9. D. *de suis et legit.* (XXXVIII. 16.).

24) Arg. L. 3. in f. L. 4. L. 5. D. *de Bonorum possessionib.* (XXXVII. 1.). „In bonorum possessione sciendum est jus esse accrescendi; proinde si plures sint, quibus b. p. competit, quorum unus admisit bonorum possessionem, ceteri non admiserunt, *veluti quod spreverunt jus suum*, — — — — ei qui admisit, adcrescent etiam hae portiones, quae ceteris competerent, si petissent bon. possessionem." — Ein eigenthümliches Recht der B. P. wird hierin Niemand finden wollen. Ein solcher Verzicht enthält nämlich ein reines Ausscheiden aus der Reihe der zur Erbfolge Berechtigten, wodurch denn von selbst den übrigen das Recht eröffnet ist.

ben verzichte. Dieser behält nun den Theil des Verzichtenden gleichsam ex jure cesso, wobei denn der ausscheidende Notherbe nach wie vor als Intestaterbe gedacht werden muß, folglich nicht, wie in dem Falle, wo die Inofficiositäts-Querel nur partiell wirkt, ein Miterbenverhältniß zwischen dem Testamentserben und den von ihrem Rechte Gebrauch machenden Notherben eintritt[25]. — Wie aber, wenn der Notherbe, welcher nicht ipso jure die Erbschaft erwirkt, ausdrücklich zum Besten des eingesetzten Erben auf sein Recht verzichtet? Man könnte sagen, dies sei eine nichtswirkende Erklärung; wenigstens werde auf den Testamentserben dadurch kein Recht übertragen. Denn die Anerkennung des testamentarischen Erbrechts von Seiten des einen Notherben kann das in Folge der gesetzlichen Aufhebung des Testaments begründete Recht, daß die Erbschaft nach den Regeln der Intestaterbfolge vertheilt werde, nicht vernichten, noch auch dem Testamentserben das Recht eines Intestaterben verleihen, d. h. das Recht, gleichsam als wäre auch ihm die Erbschaft ab intestato deferirt, dieselbe zu erwerben. Die Ueberlassung einer noch nicht erworbenen Erbschaft ist vielmehr immer nur unter der Voraussetzung wirksam, daß dem Cedenten selbst das Recht erworben seyn werde[26]. Dennoch halte ich auch hier den Verzicht für

25) S. hierüber Bd. XXXV. S. 434 — 437.

26) Es hat zwar nicht an Juristen gefehlt, welche auch die Uebertragung eines blos deferirten, dem Erben nie erworbenen Erbrechts, also des Rechts Erbe zu werden, für zulässig halten. M. s. z. B. *J. M. G.* Beseke Diss. de alienatione hereditatis (Hal. 1774. 8.) cap. VII. p. 119 sqq. Die Gründe wider diese, durchaus unjuristische Ansicht finden sich in der Kürze in meiner doctrina Pandectar. Vol. III. §. 703. not. 4.

wirksam. Der Notherbe giebt dadurch zu erkennen, daß er den übrigen Notherben sein Recht nicht einräumen wolle, er erklärt es mithin für das seinige, und bei der gänzlichen Formlosigkeit der Erbschaftserwerbungs-Handlung liegt hierin offenbar eine Antretung der Erbschaft. Muß nun also eine auf diese Art ausgesprochene Verzichtsleistung als Uebertragung eines bereits erworbenen Erbrechts angesehen und aufrecht erhalten werden, so ist dies noch vielmehr der Fall, wenn sich der Notherbe mit dem Testamentserben vergleicht. Er verfügt dadurch über sein Recht auf eine Art, daß sein Wille, die Erbschaft erwerben zu wollen, dadurch auf eine unzweifelhafte Weise an den Tag gelegt ist; und dies genügt zur Erbschaftsantretung.

c) Auch wenn einer der Notherben eingesetzt ist, so ändert dies im Wesentlichen nichts. Das Gesetz hebt die Erbeseinsetzung auf und läßt Intestaterbfolge eintreten. Mehr als diese ihm gewährt, kann der eingesetzte Notherbe nicht erhalten. Wäre er auf weniger eingesetzt und er wollte das Testament anerkennen, so würden hierbei die in der vorigen Nummer (b) entwickelten Grundsätze zur Anwendung kommen. Ist er als Miterbe besonders mit Vermächtnissen belastet, so braucht er aber auch diese nicht allein zu entrichten, da die ganze Erbeinsetzung aufgehoben ist und er eben so gut, wie die anderen Miterben ab intestato succedirt [27]).

27) Von dem prätorischen Rechte, wonach ein instituirter Notherbe, welchem aus dem Recht eines anderen auch die B. P. möglich war, entweder Erbe aus dem Testamente werden, oder doch die Vermächtnisse an die conjunctas personas zahlen mußte (L. 6. §. 9. D. *si quis omissa causa test.* XXIX. 4), kann hier, wo nur das

d) Manche Schwierigkeiten bietet aber noch die Frage dar: ob denn die Richtigkeit des gegen die Vorschrift der Nov. 115. errichteten Testaments allen zu Statten komme, welche, wenn der Erblasser ohne Testament gestorben wäre, mit einander zur Intestaterbfolge gelangt seyn würden [28]? Also 1) der Testirer hat einen Sohn (A) rechtsgiltig enterbt, einen anderen (B) präterirt und ausserdem hinterläßt er ein minus plene adoptirtes Kind (C). Von diesen drei Personen kann sich blos der B. über verletztes Recht beschweren, und da frägt es sich aber, ob sein Recht auch dem A. u. C., welche kein selbstständiges Klagerecht haben können, zu Statten komme? Oder 2) der Vater ist gehörig ausgeschlossen, die Mutter präterirt, auch sind noch Geschwister da, welche neben den Ascendenten ab intestato geerbt haben würden. — Daß in diesen Fällen die Intestaterbtheile derjenigen, welche zur Nullitätsquerel nicht berechtigt sind, nicht bei dem eingesetzten Erben bleiben, ist gewiß. Allein eben so wenig darf man annehmen, daß sie den zur Klage berechtigten Notherben zu Gute kommen. Also auch die nicht berechtigten werden hier zur Intestaterbfolge gelassen. Zwar dachte Justinian, als er die Wirkungen der Nullität bestimmte, schwerlich an andere Intestaterben, als diejenigen, welche zur Be-

Recht der Novelle 115 zur Frage steht, keine Rede seyn. Uebrigens würde auch dadurch der eingesetzte Notherbe auf keinen Fall zu mehr verpflichtet werden, als nach der Novelle. S. oben S. 43. dieses Bandes Nr. I.

28) M. vgl. über die Fälle, wo Intestaterbenrecht ohne Notherbenrecht sich findet Bd. XXXV. d. Comm. §. 1421. a. S. 167 fgg. S. 230 fgg. §. 1421. b. S. 261 fgg. §. 1421. c. S. 393 fgg.

schwerde ein Recht haben. Indessen ist seine Bestimmung: es solle Intestaterbfolge eintreten, so allgemein gefaßt, daß jenes Resultat hinreichend begründet erscheint [29]). Aber kommt es nicht noch darauf an, ob der Notherbe selber von seinem Rechte Gebrauch macht, oder nicht? Kann man wohl im letztern Falle den nicht zur Nullitäts-Querel berechtigten Intestaterben ein Recht einräumen, welches sie doch nur aus der Person eines dritten ausüben dürfen? Vollends aber wenn dieser ausdrücklich darauf verzichtet, so scheint es doch geradezu absurd, dem rechtmäßig Enterbten dennoch die Nullitätsquerel zuzugestehen. Und auch in dem Falle, wenn der Notherbe die Klage wirklich anstellt, mit derselben aber abgewiesen wird, — soll sich hier dennoch der Enterbte auf die gesetzliche Nullität berufen und zum besseren Beweise erbieten dürfen, — also zu einem Beweise über das Recht eines Dritten, den er so wenig zu vertreten hat, als er dessen Nachfolger ist? Und wenn man ihn hiezu läßt, die Entscheidung auch günstig ausfällt, hat er dann dem Notherben ein Recht erstritten, welches demselben doch rechtskräftig aberkannt ist, oder ist dies Recht nun etwa ausschließlich das Seine geworden? Führt man den Begriff der gesetzlichen Nullität mit Strenge und Consequenz durch, so wird man nicht umhin können, die eine oder die andere dieser Fragen zu bejahen, und da frägt es sich denn wieder: welche? Genug, man sieht sich hier in Schwierigkeiten verwickelt, deren völlige Beseitigung nicht möglich scheint, sobald man das Recht der gesetzlichen Nullität unbedingt und unmittelbar auf alle gleichberechtigte Intestaterben überträgt. Auf der enderen Seite dagegen drängt sich wiederum die Frage auf:

29) Francke Notherbenrecht S. 386.

Was hat es denn mit der ganzen gesetzlichen Nullität am Ende auf sich, wenn man die Wirkung derselben dennoch von einer durchgesetzten Klage abhängig machen will? Und welches Recht kann hier der Sieg mit der Nullitätsquerel dritten, an dem Prozeß überall nicht theilnehmenden Personen geben? Ja, hat der Notherbe überhaupt ein Recht, eine Klage auf das Ganze anzustellen, da er ja selber nur seinen Intestaterbtheil ansprechen darf [30]), — was kann also dem bloßen Intestaterben es nutzen, wenn er auch seine Klage durchsetzt?

Bei diesem Zwiespalt der Grundsätze und Begriffe, welche hier doch allenthalben eingreifen, möchte es fast am gerathensten scheinen, die Idee ganz aufzugeben, daß die Wirkung der Nullität sich auch auf Intestaterben erstrecke, welche ein Notherbenrecht entweder überall nicht haben, oder doch wegen gehöriger Enterbung nicht geltend machen dürfen. Auch ist es, wie oben bereits bemerkt wurde, nicht unwahrscheinlich, daß der Kaiser nur Notherben, und zwar lieblos ausgeschlossene Notherben, vor Augen hatte. Allein was sollte wohl aus positiven Gesetzen werden, wenn man es sich erlauben dürfte, allgemeine Ausdrücke nach einer nur vermuthlichen Willensmeinung des Gesetzgebers einzuschränken! Ich kann daher die Meinung nicht aufgeben, daß die Nullität, wenn sie einmal eingetreten ist, ihre Wirkung auch auf die bloßen Intestaterben, also auch auf den gehörig Enterbten (s. unten

30) L. 1. §. 1. D. *si pars hereditatis petatur* (V. 4.). „Qui hereditatem vel partem hereditatis petit, is non ex eo metitur, quod possessor occupavit, *sed ex suo iure:* et ideo, sive ex asse heres sit, totam hereditatem vindicabit, — — — *sive ex parte, partem, licet tu totam hereditatem possideas.*"

Note 54ᵃ) erstrecke, und die Consequenz erfordert es dann, dies nicht erst davon abhängen zu lassen, ob der verletzte Notherbe von seinem Rechte Gebrauch macht, oder nicht; eine Ansicht, die überdies mit anderen Grundsätzen noch am wenigsten ins Gedränge kommt. Freilich muß man alsdann die Klage des Enterbten zulassen, auch wenn der verletzte Notherbe verzichtet hat. Indessen kann, wenn einmal ein Recht eingetreten ist, darauf nichts mehr ankommen, ob derjenige, welcher es geltend macht, es auch begründen konnte, oder nicht. — In unserem Falle nun nehmen Francke und andere Vertheidiger des Nullitätssystems an: durch den nicht gehörig berücksichtigten Notherben werde überhaupt die Intestaterbfolge herbeigeführt, und zwar unmittelbar durch die ihm widerfahrne Rechtsverletzung, nicht erst durch eine von ihm anzustellende Rescissionsklage; dennoch aber soll ein Verzicht des Notherben die bloßen Intestaterben ausschließen [31]). Allein der Zeitpunkt, mit welchem die Nichtigkeit des Testaments eintritt, kann hier kein anderer seyn, als der des deferirten Erbrechts. Alsdann ist mithin die Intestaterbfolge eröffnet, folglich nach der obigen, hier überall nicht bestrittenen Voraussetzung, daß sie es überhaupt, d. h. nicht blos für den verletzten Notherben sey, nunmehr auch für alle Intestaterben die rechtliche Möglichkeit einer hereditatis petitio intestati begründet. Dieses einmal erworbene Recht darf ihnen also auch durch die einseitige Handlung eines Mitberechtigten nicht wieder entzogen werden. Nur als gleich Berechtigter kann aber der verletzte Notherbe fortan noch in Betracht kommen. Die von ihm angestellte und durchgesetzte Nullitätsklage kann,

31) Francke a. a. O. S. 386.

wie auch zugegeben wird, den übrigen Intestaterben den ihnen gebührenden Erbtheil nicht entziehen. Da er diese Klage nun darauf gründet, daß die Nichtigkeit und die hiedurch eröffnete Intestaterbfolge ipso jure eingetreten sey, so darf er auch vor Anstellung der Klage auf das Recht seiner Miterben keinen nachtheiligen Einfluß üben. Verzichtet er, so kann dieser Verzicht sich allemal nur auf seinen Theil erstrecken. Daß „der eingesetzte Erbe nicht nur den Willen des Erblassers, sondern auch den des Notherben, aus dessen Rechte allein ein dritter hier auftreten würde, für sich hat", (Francke a. a. O.), sind allerdings Rücksichten, welche den Gesetzgeber wohl veranlassen könnten, das testamentarische Recht in diesem Falle gelten zu lassen. Allein wir dürfen ja hier, in Ermanglung aller näheren Bestimmungen in dem Gesetze, lediglich die Resultate folgerichtiger Schlüsse aus den vom Gesetzgeber aufgestellten oder anerkannten Grundprinzipien als Recht anerkennen. Nur über diese Prinzipien kann ein Streit seyn; ist man darin einig, so muß man auch als Recht anerkennen, was daraus folgt, bloße Billigkeitsrücksichten aber, da sie das positive Recht der Willkühr und blos subjectiven Ansichten des Richters Preis geben, müssen ganz bei Seite gesetzt werden. — Dies nun vorausgesetzt, so kann es dem Testamentserben gegen den Enterbten u. s. w. weder etwas helfen, daß er den Willen des Erblassers für sich hat, da dieser Wille durch das Gesetz vernichtet ist, noch daß der verletzte Notherbe von seinem Rechte keinen Gebrauch machen will, indem dieser von dem Augenblick der eingetretenen Nullität selbst nur ein Recht auf seinen Intestaterbtheil hatte. Und wenn darauf ein Gewicht gelegt wird, daß der bloße Intestaterbe lediglich aus dem Rechte eines Dritten klagt, —

so mischt sich hier unwillkührlich die Idee einer Nullitätsquerel, welche das Testament erst rescindire, ein. Verwirft man diese Idee, wie ja auch von Francke selber geschieht, und denkt sich unter jener Nullitätsquerel nur das, was sie ist: eine hereditatis petitio intestati, — so hat es ja überall nichts Störendes mehr, daß Jemand, welcher für seine Person das Testament nicht impugniren durfte, sein durch gesetzliche Aufhebung des Testaments ihm eröffnetes Intestaterbrecht geltend macht, wenn auch der eigentlich verletzte Notherbe von seinem Recht keinen Gebrauch machen will. — Francke meint zwar, „daß schon nach dem ältern Recht sobald selbst ein präterirter suus sich der Erbschaft enthielt, das Testament jedesmal durch bonorum possessio (sec. tab.) aufrecht erhalten wurde" (a. a. O.). Allein in dieser Allgemeinheit ist dies sicher nicht richtig. Vielmehr wird es ganz allgemein und ohne Modification ausgesprochen, daß durch Praeterition des Haussohns auch für den rechtmäßig Enterbten die Intestaterbfolge eröffnet sey[32]), woraus denn folgt, daß dies Recht von aller Willkühr des präterirten Haussohns unabhängig war[33]). War aber der Verzichtende der alleinige

32) L. ult. D. *h. t.* L. 1. §. fin. D. *si tab. test. nullae exstabunt* (XXXVIII. 6.). „Si emancipatus filius exheres fuerit, is autem, qui in potestate fuerat, praeteritus; emancipatum *petentem ab intestato bonorum possessionem unde liberi, tueri debet Praetor usque ad partem dimidiam, perinde atque si nullas tabulas pater reliquisset*". S. Bd. XXXVI. S. 338. und oben S. 14 fgg. dieses Bandes (Nr. 2.)

33) Francke hat dies auch an einem anderen Orte selber anerkannt, indem er sagt, daß der präterirte suus heres die ihm zustehende contra tab. bon. possessio nicht

Intestaterbe, hatte er also zur Zeit der Delation des Erbrechts andere Intestaterben ausgeschlossen, so konnte er nun freilich auch mit seinem Rechte machen, was er wollte, und sein Verzicht mußte den eingesetzten Erben, die nur ihn als ihren Gegner anerkennen durften, zu Statten kommen [34]). — Und wenn Francke ferner sagt: gebe man zu, daß das Testament giltig bleibe, wenn ein übergangener Notherbe vor dem Erblasser stirbt, so müsse man dies um desto eher annehmen, wenn derselbe auf seine Rechte verzichtet (a. a. O.): so geräth er dabei mit seinen eignen Prinzipien ins Gedränge, indem er kurz vorher (S. 384 fg.) selber ausführt, daß nach dem Geiste des Justinianischen Rechts zwar die Nichtigkeit des Testaments, aber erst beim Tode des Erblassers eintrete. Wenn er endlich aber auf die Ansicht der Praxis recurrirt, welche dem Uibergangenen zur Geltendmachung seiner Rechte eine Nullitätsquerel gebe und sodann, wenn die testamentarische Erbeseinsetzung für nichtig erklärt worden, die übrigen Intestaterben an den Wirkungen mit Antheil nehmen lasse, — so ist doch nicht zu übersehen, daß wir es hier nur mit dem Justiniani-

dazu gebrauchen dürfe, um den enterbten Emanzipirten von der Erbfolge zu verdrängen, sondern dieser neben ihm zur Intestaterbfolge gelange (Notherbenrecht S. 141). Da nun die contra tab. B. P. an sich dem Contratabulanten das Ganze gewährte (s. oben S. 8. not. 12.), der Enterbte sich ihr aber nicht anschließen durfte (ebendas. Note 16), so folgt hieraus, daß die Wirksamkeit des dem Enterbten einmal eröffneten Intestaterbrechts unabhängig war von dem Willen des Notherben, aus dessen Recht es doch allein Jenem nur möglich wurde, zur Intestaterbfolge zu gelangen.

34) Bd. XXXVI. des Comment. S. 326 — 329.

schen Recht zu thun haben und dieses doch nicht aus der Ansicht der heutigen Praxis erklärt werden kann. Allerdings aber läßt sich immer noch die Frage aufwerfen: welchen Einfluß die Prozeßführung des verletzten Notherben auf das Recht der bloßen Intestaterben äussere? und diese soll jetzt beantwortet werden.

Stellen wir hier den Fall so: der verletzte Notherbe stellt gegen den eingesetzten Erben die hereditatis petitio intestati an, welche er auf die wegen ungerechter Enterbung eingetretene Nullität des Testaments gründet, wird aber vom Richter abgewiesen, weil dieser den Beweis der Wahrheit des angeführten Enterbungsgrundes für gehörig erbracht annimmt. Das Erkenntniß wird rechtskräftig und es liegt nunmehr ein formell giltiger Ausspruch vor, daß das Testament nicht null, folglich die Intestaterbfolge nicht eröffnet sey. Jetzt kommt der Enterbte mit seiner hereditatis petitio intestati, die er allerdings nur darauf gründen kann, daß der abgewiesene Notherbe ein Recht habe, sich über lieblose Ausschließung zu beschweren. Daß diesem aber ein solches Recht nicht zustehe, ist rechtskräftig entschieden. Folgt denn hieraus nicht von selbst, daß auch die Klage des Enterbten zu verwerfen sey? — d. h. mit anderen Worten ausgedrückt: steht derselben die *exceptio rei judicatae* entgegen? Dadurch daß man die Frage so ausdrückt, ist zugleich der Gesichtspunkt bestimmt bezeichnet, von welchem hier die Entscheidung ausgehen muß.

Es ist ein bekannter Rechtssatz: res judicata facit jus *inter partes*. Davon giebt es allerdings Ausnahmen, nur keine einzige, welche das hier zur Frage stehende Verhältniß berührte. Zwar steht den Vermächtnißneh-

mern, wenn gegen den Testamentserben entschieden ist, in der Regel die exceptio rei judicatae entgegen[35]; aber abgesehen von den großen Beschränkungen, die sich hierbei noch finden und welche jedenfalls beweisen, daß das Recht derselben nie von bloßer Willkühr des Testamentserben oder des Richters abhängig seyn soll[36], — so ist doch das Recht der Vermächtnißnehmer und das der Miterben durchaus verschieden. Jenes ist seiner Natur nach kein selbstständiges, sondern da die Vermächtnisse nur als Schuld des Testamentserben zu betrachten sind[37], so versteht es sich nach allgemeinen Grundsätzen von selbst, daß sie wegfallen, wenn die Erbeinsetzung vernichtet wird[38], weshalb denn auch in einem solchen Falle die Aufrechterhaltung der Vermächtnisse nur als reine Ausnahme von einer Regel erscheint. Ganz anders verhält es sich mit dem Rechte der Miterben; daß dies nicht von dem Ausgange der Klage eines derselben abhängen kann, ergibt die Natur der Sache, und in unseren Rechtsquellen wird gerade in dieser Beziehung der allgemeine Grundsatz ausgesprochen: „etsi eadem quaestio in omnibus judiciis vertatur, tamen *personarum*

35) L. 3. D. *de pignorib. et hyp.* (XX. 1.). L. 8. §. 16. D. *de inoff. test.*

36) L. 17. §. 1. D. *de inoff. test.* L. 50. §. 1. D. *de legat.* I. L. 5. §. 1. L. 14. D. *de appellat.* (XLIX. 1.). — L. 1. D. *de exc. rei jud.* (XLIV. 2.). — Vgl. Keller über Litiscontestation und Urtheil nach classischem röm. Rechte §. 46. und Bd. XXXV. des Commentars §. 1421. e. S. 375 — 380.

37) §. 5. J. *de obl. quae quasi ex contr. nasc.*

38) L. 178. D. *de reg. jur.* — L. 17. D. *de injusto, rupto irrito facto test.* (XXVIII. 3.).

mutatio, cum quibus singulis suo nomine agitur, aliam atque aliam rem facit" [39]. — Hiervon ist die Anwendung auf unseren Fall leicht zu machen. Das Gesetz vernichtet die Einsetzung und läßt ipso jure die Intestaterbfolge eintreten, dadurch ist das Erbrecht von selbst auf Alle deferirt, welche beim Tode des Erblassers die Nächstberechtigten zur Intestaterbfolge waren, jeder derselben wird mithin berechtigt, unabhängig von dem Anderen die hereditatis petitio intestati anzustellen und über die Rechtmäßigkeit der Enterbung richterliche Entscheidung zu veranlassen, gleichviel ob hier von seiner Enterbung oder von der des Miterben die Rede ist, — auf ähnliche Art, wie ja auch die Vermächtnißnehmer die Rechtsgiltigkeit der Erbeseinsetzung, als den Grund ihrer Ansprüche, einer richterlichen Entscheidung unterwerfen durften, wenn gleich wider den Testamentserben selbst eine rechtskräftige Entscheidung bereits vorlag. Und eben so wenig ist es zu bezweifeln, daß auch im alten Recht der enterbte Sohn wegen Praeterition eines Haussohnes die hereditatis petitio intestati hatte, ungeachtet dieser selbst mit seiner Klage abgewiesen seyn mochte; denn „etsi eadem quaestio in judiciis vertatur, tamen personarum mutatio aliam atque aliam rem facit." Wenn aber Francke meint, „daß, so lange nicht über die Wahrheit oder Unwahrheit des Ausschließungsgrundes entschieden ist, kein Dritter daraus für sich Rechte hernehmen und eben so, wenn der Enterbte selbst die Anfechtung des Testaments nicht wagt, kein Anderer aus des Enterbten Rechte dasselbe anfechten dürfe", — so ist

39) L. 22. D. *de except. rei jud.* — S. auch L. 63. D. *de re jud.* (XLII. 1.). — Vgl. Keller a. a. O. §. 44. S. 356 fg. (nr. 1.) §. 45. S. 368 fgg.

dies ja schlechthin unvereinbarlich mit seinen eignen (und richtigen) Behauptungen, daß es einer Anfechtung des Testaments und einer Richtigkeitserklärung desselben überall nicht bedürfe, da die Nullität mit dem Tode des Testirers ipso jure eintrete! Soll nämlich nur der lieblos Enterbte klagen können, und erst durch Urtheil und Recht festgestellt seyn, daß er mit Unrecht ausgeschlossen sey: so hängt ja das Recht der übrigen nicht vom Gesetz, sondern von einem Richterspruch ab; diesen hätten die bloßen Intestaterben als die einzige Quelle ihres Rechts anzusehen. Denn daß doch immer keine förmliche Nichtigkeitserklärung nöthig sey, wird man schwerlich im Ernst als etwas anführen wollen, worauf der Unterschied zwischen einer Vernichtung des Testaments durch das Gesetz und einer Rescission desselben durch den Richter beruhe, zumal da ja auch die eigentlichen Rescissionsklagen, wenn sie für begründet erklärt werden (Inofficiositätsquerel und hered. petitio aus dem Grunde einer contra tabulas b. p.) das Testamentsrecht, von dem Moment des Todes angerechnet, vernichten. Alle Gründe wider das selbstständige Recht der bloßen Intestaterben gehen mithin darauf hinaus, daß sie sich für ihre Personen über Lieblosigkeit des Testirers nicht beschweren dürfen; diese Gründe aber würden ihnen nicht minder entgegen stehen, wenn der verletzte Notherbe sein Recht geltend macht, als wenn er dies nicht thut, oder mit seiner Klage zurückgewiesen wird.

Hiernach erscheinen denn also alle zur Intestaterbfolge mit einander Gerufenen zur Anstellung der hereditatis petitio intestati berechtigt, sobald das Erbrecht deferirt ist, und zwar an sich ein Jeder nur für seinen Theil, in ähnlicher Art, wie mehrere, welche ein Recht

auf die querela inofficiosi testamenti haben; die für oder wider den Einen ausgefallene Entscheidung nutzte weder dem Andern, noch schadete sie ihm ohne daß hierbei darauf etwas angekommen wäre, ob etwa das wirkliche Recht dem Zurückgewiesenen zur Seite stand, der Sieger dagegen aus einem gerechten Grunde enterbt war, oder ob es mit dem förmlichen Recht der res judicata übereinstimmte [40]; das Rechtsverhältniß zwischen diesem und dem nur theilweise besiegten Testamentserben ist denn auch hier, wie in ähnlichem Falle bei einem durch querela inoff. testamenti nur zum Theil rescindirten Testamente, das zwischen Miterben eintretende [41]. Würde einer der Intestaterben auf das Ganze klagen (was er eigentlich nicht darf) und die Klage durchsetzen, so richten alsdann die übrigen nach allgemeinen Grundsätzen ihre hereditatis petitio partiaria wider diesen [42]. In diesem Falle können denn auch selbst diejenigen, welche mit ihrer hereditatis petitio partiaria wider den Testamentserben abgewiesen sind, ihr Recht noch geltend machen; denn da sie gegen eine ganz andere Person klagen, so steht ihnen hier die exceptio rei judicatae nicht entgegen [43].

Aus dem Vorstehenden ergiebt sich denn auch, daß wenn der verletzte Notherbe ein Ascendent ist, die mit

40) L. 16. pr. D. *de inoff. test.* L. 25. §. 1. *eod.* (Vgl. Bd. XXXV. des Comment. S. 425. nr. b).

41) Vgl. hierüber Band XXXV. des Comment. S. 434—437.

42) L. 1. §. 4. L. 7. 8. D. *si pars hereditatis petatur* (V. 4.). — Vgl. Bd. XXXV. S. 422 fgg. (nr. a).

43) L. 14. pr. L. 27. D. *de exc. rei jud.* (XLIV. 2.). L. 22. *eod.*

ihren ab intestato zur Erbschaft gerufenen Geschwister und Geschwisterkinder ebenfalls zur Anstellung der hereditatis petitio berechtigt sind. Wäre der Testamentserbe eine turpis persona, so würden die ersteren nunmehr die Inofficiositätsquerel anstellen und dadurch von der Verbindlichkeit, Vermächtnisse von ihrem Intestaterbtheil zu zahlen, frei werden können [44]). — Von selbst versteht es sich übrigens, daß diejenigen, welche auch nicht ab intestato geerbt haben würden, weil ihr Recht durch gültigen Verzicht aufgehoben ist, bei dem durch das Gesetz eröffneten Intestaterbfolgerecht ebenfalls nicht concurriren [45]). Wohl aber können eingesetzte Notherben sich der eröffneten Intestaterbfolge anschließen, was ihnen vortheilhaft seyn kann, soferne sie etwa nur auf ihren Pflichttheil eingesetzt sind. Ja es erfordert die Consequenz, anzunehmen, daß sie entweder auf ihr Recht verzichten, oder sich der Intestaterbfolge anschließen müssen, indem ja das Gesetz ganz allgemein sagt, daß die Erbeinsetzung vernichtet werde [45 b]).

Ehe nun die practischen Verschiedenheiten zwischen dem so eben durchgeführten System und der Ansicht, daß der Notherbe sein Recht durch eine (nur in einigen Beziehungen modifizirte) inofficiosi querela geltend machen müsse, zusammengestellt werden können, erfordert es die Rücksicht auf Deutlichkeit, zuerst noch von denjenigen Theilen der testamentarischen Verfügung zu sprechen, welche nach der Novelle aufrecht erhalten werden.

44) Vgl. hierbei Bd. XXXV. S. 397 fg. (nr. 2. a). S. auch unten §. 1425. d.

45) Bd. XXXV. S. 268 fgg.

45b) Vergl. hierbei das Schol. Basilic. ad Tit. *de lib. et post.* T. IV, p. 792 sq. Schol. a.

II) Das Gesetz nennt Vermächtnisse, Freiheitsertheilungen und Vormundschaftsbestellungen ausdrücklich und allgemein als diejenigen Dispositionen, welche nicht vernichtet werden sollen. Hierin liegt offenbar eine Erweiterung des Rechts, welches auch bei der inoff. testamenti querela bisweilen, häufiger noch bei der contra tabulas bonorum possessio statt fand [46]). Dabei ist indessen auch Folgendes zu bemerken:

1) ist die Erbschaft mit Vermächtnissen überschwert, so versteht sich von selbst, daß der Notherbe mindestens seinen Pflichttheil frei behalten muß [47]).

2) ob die einem Notherben selber ausgesetzten Vermächtnisse als Prälegate gefordert werden können? ist streitig. — Bei der querela inoff. test. konnte davon nicht die Rede seyn, da diese Klage ein Wegfallen aller Vermächtnisse zur Folge hatte [48]). Die contra tabulas bonorum possessio aber ließ die Vermächtnisse für die conjunctae personae zwar in der Regel stehen, jedoch nicht in dem Falle, wenn die conjuncta persona selber

46) Bd. XXXV. S. 375 — 392. und oben S. 17 fgg. dieses Bandes.

47) Ob der Notherbe auch ausserdem noch die Falcidia abziehen dürfe? ist eine Frage, die hier noch nicht erörtert werden kann. — Vgl. *Luc. v. de* Poll de praeter. et exheredat. cap. XXXI. Bluntschli Erbfolge gegen den letzten Willen S. 262. (Nr. 2.) — S. auch die Rec. von Francke's Notherbenrecht in Schunck's Jahrb. ꝛc. Bd. XIX. S. 262.

48) L. 8. §. 16. D. *de inoff. test.* — Die Modificationen davon kommen hier nicht in Betracht. M. s. darüber Bd. XXXV. S. 377 fgg.

die B. P. nachsuchte[49]. Die Novelle nun spricht die Giltigkeit der Vermächtnisse ohne alle Einschränkung aus, und hinreichende Gründe, den allgemeinen Ausdruck des Gesetzes zu beschränken, giebt es nicht. Denn, daß der Gesetzgeber wahrscheinlich den hier zur Folge stehenden Fall gar nicht vor Augen hatte, und ihn vielleicht nach dem für die contra tabulas B. P. geltenden Rechte entschieden haben würde, wenn er daran gedacht hätte, rechtfertigt eine Restrictiv-Interpretation nicht. Indessen beruft man sich noch auf folgende Gründe: a) es widerstreite der Consequenz, daß ein solcher Notherbe mehr erhalten solle, wie derjenige, den der Testirer einsetze, da er doch gegen diesen eine Liberalität habe ausüben, das Recht des Ersteren aber vermindern wollen; b) es sei nicht angemassen, daß Jemand Vortheile durch ein Testament erhalte, welches er doch selber inpugnire[50]. — Der erste Grund ist dadurch leicht zu widerlegen, daß ja das Gesetz den Willen des Testirers, soweit derselbe die Erbeseinsetzung betrifft, für nichtig erklärt, mithin daraus auch weder für noch wider die Giltigkeit der Vermächtnisse irgend etwas gefolgert werden kann. Erheblicher würde an und für sich der zweite Grund seyn, und, daß nicht erst durch die Klage, sondern durch das Gesetz der letzte Wille vernichtet wird, würde hier nichts bedeuten, indem es ja doch immer von dem Willen des Noth-

49) L. 5. §. 2. D. *de legat. praest.* (XXXVII. 5.) — S. oben S. 21 fgg. dieses Bandes.

50) Bartolus ad Auth. *ex causa* und Baldus ad auth. *ex causa* Cod. *de lib. praeter.* Nr. 59. — Bluntschli (a. a. O. S. 263 fg.) und Francke (a. a. O. S. 389), welche ebenfalls dieser Meinung sind, legen insonderheit auf den zweiten Grund Gewicht.

erben abhängt, ob er das Testament bestehen lassen will, oder nicht. Immer aber ist es ein bloßer Billigkeitsgrund, der hier um so weniger gegen den allgemeinen Ausdruck des Gesetzes in Betracht kommen kann, als eines Theils nach dem früheren Rechte die Vermächtnisse ja überhaupt nur ausnahmsweise und ex jure singulari stehen blieben, andern Theils aber der Gesetzgeber in der Erwähnung der Hinterlassung eines Vermächtnisses ohne Erbeseinsetzung (cap. 5. pr.) gewiß eine sehr nahe Veranlassung fand, diesen Punkt anders zu bestimmen, folglich daraus, daß dies nicht geschah, wohl geschlossen werden darf, er habe es hier bei der allgemeinen Bestimmung bewenden lassen wollen. Darum verdient denn also — wenigstens nach einer strengen und consequenten Theorie, die Meinung den Vorzug, daß der Notherbe die ihm selber hinterlassenen Vermächtnisse fordern dürfe [51].

3) daß etwanige Vulgarsubstitutionen eben so gut als die Einsetzung des ersten Erben wegfalle, ist kein Gegenstand irgend eines Zweifels. Wie verhält es sich nun aber mit den Pupillar-Substitutionen? War das Testament wegen Präterition des Haussohns null und nichtig, oder wurde es durch die inofficiosi querela ganz

51) Schon unter den Glossatoren war diese Frage streitig (s. die Accursische Glosse ad L. 4. Cod. *de lib. praet.* v. *totius substantiae* Gl. 5.). Die meisten behaupteten Giltigkeit solcher Legate. Das Gegentheil aber, welches freilich ausser der Analogie der früheren Rechtsbestimmungen auch die Billigkeit für sich hat, erklärt *A.* Gail (observ. pract. Lib. II. c. 13. nr. 6.) für die gemeine Meinung.

rescindirt, so fiel die Pupillarsubstitution weg [52]); würde es durch contra tab. B. P. aufgehoben, so blieb sie bestehen [53]). Die Novelle nur schließt sich ganz offenbar dem letzteren Rechte an, wenn sie sich gleich nicht speciell hierüber erklärt. Denn a) das Gesetz rescindirt nur die Erbeseinsetzung zum Besten seiner Intestaterben, oder wie es in dem Gesetz heißt: testamento evacuato ad *parentum hereditatem liberos ab intestato pervenire.*" Diese Bestimmung auf die Verlassenschaft des Pupillen zu beziehen ist ganz unmöglich. b) Es wird ja auch ausserdem ausdrücklich gesagt, daß giltig bleiben solle: legata vel fideicommissa, aut libertates, aut tutorum dationes, *vel quaelibit alia capitula concessa legibus nominari*" [54]). Deutlicher konnte der

52) §. 5. in f. Inst. *de pup. subst.* L. 16. in f. D. *de vulg. et pup. subst.* (XXVIII. 6.) — L. 31. pr. D. *de vulg. et pup. subst.* L. 8. §. 5. D. *de inoff. test.* — Vgl. Bd. XXXV. des Comment. S. 374 fg. Nr. 1. und das. Note 69.

53) L. 34. §. 2. D. *de V. et P. subst.* — Vgl. oben S. 18 fg. dieses Bandes Nr. 1.

54) Nov. 115. c. 3. in f. Vgl. ebendas. c. 4. in f. Hier findet sich auch noch die derogatorische Clausel hinzugefügt: „Si quid autem pro legatis (so übersetzt die Vulg., das Original hat περὶ ληγάτου u. s. w. also über, oder in Beziehung auf Legate u. s. w.) sive fideicommissis et libertatibus, et tutorum dationibus, *aut quibuslibet aliis capitulis* in aliis legibus inventum fuerit huic constitutioni contrarium, hoc nullo modo volumus obtinere"; d. h. die nach dem bisher besonderen Rechte eingetretene Ungiltigkeit der testamentarischen Liberalitäts-Verfügungen, welche sich nicht auf Erbesernennung beziehen, soll nicht mehr statt finden.

Gesetzgeber wohl nicht sagen, daß außer der Ernennung eines Erben für die Verlassenschaft des Testirers alles Uebrige giltig bleiben solle [54a]). Nimmt man aber zu diesen Gründen noch hinzu, daß der Zweck des Gesetzes ja nur in der Sicherstellung der Notherben gegen lieblose Ausschließung von der Erbschaft des Testirers bestand, so ist wohl die hier angenommene Meinung, welche überdieß als die gemeine betrachtet werden kann [55]), wider alle Zweifel gesichert.

54a) Uebrigens gehen diejenigen zu weit, welche aus dem allgemeinen Ausdruck des Gesetzes schließen, daß auch die Enterbungen bei Kräften bleiben, (so namentlich Warnkoenig commentar. juris Rom. privati Tom. III. §. 1032. p. 299. in f. und der Recensent von Francke's Notherbenrecht, in Schunck's Jahrbüchern Bd. XIX. S. 261). Allein der ganze Zusammenhang deutet doch zu bestimmt darauf hin, daß der Kaiser nur die testamentarischen Anordnungen meinte, wodurch Jemandem etwas zugewandt, oder ihm sonst irgend ein Recht ertheilt werden soll. Daß Justinian die auf s. g. Universalsuccession sich beziehenden Bestimmungen vollständig für aufgehoben betrachtet wissen wollte, muß schon darum angenommen werden, weil für den vernichteten Theil des Testaments ohne Einschränkung die Intestatsuccession angeordnet ist. Daß rechtmäßige Enterbungen giltig blieben, wenn vom verletzten Notherben das Testament durch die inofficiosi querela, oder durch contra tabulas B. P. angefochten werden konnte, darf hier nicht angewandt werden, da die Klage aus der Novelle ja keine Rescissions-, sondern eine Nullitäts-Klage ist. — Vgl. oben S. 271 fgg. dieses Bandes.

55) M. s. z. B. Cujacius in Lib. V. responsor. Papiniani ad L. 17. D. *de inj. rupto irr. f. test.* (opp. post. ed. Par. T. I. P. 2. p. 266). Glück im 7. Bande des Com-

4) Es ist eine alte Streitfrage: mit welcher Klage die Vermächtnißnehmer ihre Ansprüche geltend machen, ob mit den gewöhnlichen Klagen (actio personalis ex testamento u. s. w.), oder mit einer condictio ex lege? Die davon abhängige practische Bedeutung ergiebt sich von selbst, indem im ersteren Falle ein quasicontractliches Verhältniß zwischen den Vermächtnißnehmern und dem Notherben statt findet, und den ersteren alle besonderen Rechte eines Legatars (z. B. die gesetzliche Hypothek) zustehen, — nicht aber im letzteren. — Die consequenteste Ansicht ist wohl, daß man das Eintreten des Notherben als eine gesetzliche Substitution betrachtet, und da der Gesetzgeber die testamentarischen Nebenbestimmungen ausdrücklich für giltig erklärt, auch die Geltendmachung derselben als Forderungen aus dem Testamente behandelt. Dies läßt sich denn auch als die gemeine und in der Praxis gebilligte Meinung ansehen [55a].

III) Die bisherigen Erörterungen über das Recht der Nov. 115 nach seiner materiellen Beziehung ergeben

ment. §. 551. S. 322 fg. Note 10 u. §. 558. S. 452 fg. und die daselbst Note 64. 65. citirten Schriftsteller. Bluntschli a. a. O. S. 266. nr. 5. Francke Notherbenrecht S. 389. — Ausser den bei Glück angef. Schriftstellern vertheidigt die entgegenstehende Meinung auch Baldus ad auth. ex *causa* Cod. de lib. praeter. nr. 37.

55a) Dafür erklären sie unter anderen *A.* Gail observat. pract. Lib. II. cap. 13. nr. 9. *A.* Fachinaeus controversiar. jur. Lib. IV. cap. 10. — Für eine condictio ex lege erklärt die Klage auch noch *F. G. C.* Sartorius Diss. de bonor. possess., quam contra tabulas parentum liberi agnoscunt Sect. II. §. IV. p. 91. not. b. in f.

meistens von selbst die Verschiedenheiten, welche sich zwischen den beiden Systemen finden [56]). Diejenigen, welche annehmen, daß das Rechtsmittel, wodurch die Notherben ihr Recht nach der Nov. 115 geltend machen, die querela inofficiosi testamenti sei, lassen denn diese Klage mit ihren alten Eigenthümlichkeiten (in Ansehung der kurzen Verjährungszeit u. s. w.) hier zu, nur unter folgenden Modificationen, daß a) die Beweislast zunächst und hauptsächlich dem eingesetzten Erben, nicht dem Querulanten obliege, und b) alle testamentarische Nebenbestimmungen giltig bleiben. Die Anhänger des Nullitätssystems dagegen verwerfen natürlich die Besonderheiten der Inofficiositätsquerel ganz, ohne im übrigen in Ansehung der Wirkungen ihrer s. g. Nullitätsquerel völlig mit einander einig zu seyn. Doch beruht es nur auf ungenauer Darstellung, wenn man dabei auch solche Wir-

56) Am vollständigsten finden sie sich meines Wissens zusammengestellt bei HAUBOLD diss. de differentiis inter testamentum nullum et inofficiosum cap. V — VII. Von diesen Verschiedenheiten geht indessen die erste nur auf den Grund der Nullität oder Inoffiziosität („quod in testamento nullo sollemnitas interna plane deficit aut vitio laborat, in inofficioso vero et internae et externae sollemnitates rite sunt observatae" Cap. V.), die zweite auf die Subjecte, wobei es denn eigentlich nur auf die Frage abgesehen ist: inwiefern noch die Rechtsmittel des alten Rechts wegen Verletzung der Notherbenrechte bestehen (cap. VI. u. VII.); es bleiben hier also nur noch die am Schluß des 7. Cap. (opusc. T. I. p. 51.) zusammengestellten zu berücksichtigen übrig. — Vgl. auch Höpfners Comment. §. 525. Valetts Notherbenrecht §. 38. und Wächters Rezension in der kritischen Zeitschr. für Rechtswissensch. Bd. I. Heft I. S. 19.

kungen mit aufgeführt findet, die nur der Nullität des alten Civilrechts zugeschrieben werden können [57]. — Von den wirklichen oder vermeintlichen Verschiedenheiten sind hier folgende zu nennen:

1) Der mit der querela inoff. testamenti abgewiesene Notherbe verliert das ihm in dem Testament Ausgesetzte [58], nicht so der, welcher die Nullitätsklage nicht durchgesetzt hat [59].

57) So heißt es z. B. bei Haubold a. a. O.: „*tertia* (differentia), quod per querelam nullitatis totum testamentum corruat, per inofficiosi actionem sola heredis institutio, salvis reliquis ultimae voluntatis partibus", wobei er nur die alte Nullität vor Augen hatte.

58) L. 8. §. 14. D. *de inoff. test.* L. 4. D. *de his quae ut indign. aufer.* (XXXIV. 9).

59) arg. L. 5. §. 1. D. *de his quae ut indign.* „Ille, qui non jure factum contendit, nec obtinuit, non repellitur ab eo, quod meruit." — L. 24. *eod.* „Si testamentum patris jure factum filius negavit, *quoniam de jure disputavit, non judicium impugnavit, aut accusavit*, retinet defuncti voluntatem." (Diese letzte Stelle beweist allein, wie grundlos die Meinung einiger Kritiker ist, welche in der ersten statt: *non repellitur* lesen wollen: *repellitur*, oder: *omnino repellitur*, wie z. B. *Jo.* Cannegieter ad *Ulpiani* Fragm. Tit. XX. §. 9. p. 85). — Gleiches Recht galt denn auch für die contra tab. B. P. (L. 5. §. 3. D. *de legat. praest.*). Und da überdies (wenn gleich in einer etwas anderen Beziehung) die allgemeine Regel aufgestellt wird: hi, qui sciunt jus suum, eligentes id, quod putant sibi competere, non amittunt (L. 19. D. *de inoff. test.*), so muß man annehmen, daß das Gegentheil für die Querel nur gilt, weil dies Rechtsmittel nicht begünstigt war, also auf andere Fälle ohne ausdrückliche Anerken-

2) Die Inofficiositätsquerel findet nur in subsidium statt, d. h. wenn es an einem anderen eben so wirksamen oder noch wirksameren Rechtsmittel fehlt[60]; für die Nullitätsklage ist bei dem Mangel entgegenstehender rechtlicher Bestimmungen die Regel der freien Wahl (der electiven Klagenconcurrenz[61]) anzuwenden. Wenn daher das Testament auch wegen Mangels der äußeren Solennitäten nicht bestehen könnte, so würde dennoch der Notherbe von dem Recht, welches ihm die Novelle giebt, Gebrauch machen dürfen.

3) Die erstere Klage wird durch fünfjährige Verjährung ausgeschlossen, die letztere erst durch die dreißigjährige.

4) Die Nichtigkeitsklage soll unbedingt, die Inofficiositätsquerel in der Regel nur wenn sie vorbereitet ist, auf die Erben übergehen. — Doch ist dabei nicht außer Acht zu lassen, daß, wie oben (zu 261 fgg.) bereits bemerkt wurde, die erstgenannte Klage, da sie eine wahre hereditatis petitio ist, erst nach Erwerb des Erbrechts auf die Erben transmittirt werden kann; stirbt der Notherbe daher, ehe er sich über den Erwerb erklärt, so fällt sein Antheil jure accrescendi an die gleich berechtigten Intestaterben. Es verdient aber (wie gewöhnlich nicht geschieht)

nung (wie diese sich nur noch bei der accusatio falsi findet) nicht bezogen werden darf. — S. auch Francke Notherbenrecht S. 390.

60) §. 2. J. de inoff. test. — Vgl. hierbei Bd. XXXV. des Comment. S. 358 fgg. Note 37 (wo übrigens S. 359 a. E. statt: diese Frage ist regelmäßig zu bejahen, gelesen werden muß: zu verneinen).

61) s. meine doctrina Pandectar. Vol. I. §. 140. nr. I. II.

5) als eine Verschiedenheit beider Rechtsmittel hervorgehoben zu werden, daß es eine Succession auch der nicht gleich berechtigten Intestaterben in die Querel giebt, mithin die Testamentserben, wenn auch die nächstberechtigten Notherben sämmtlich vor der Anstellung oder Vorbereitung der Klage wegfallen, von den succedirenden Notherben ausgeschlossen werden; wogegen wieder das Anwachsungsrecht gleichberechtigter Intestaterben bei der s. g. Nullitätsklage vollständiger wirkt, als bei der Querel, indem hier immer noch einzelne Theile bei dem Testamentserben zurückbleiben können [62]), dort aber die Erbeseinsetzung ganz vernichtet wird.

6) Aus einem nichtigen Testamente soll keine Erbschaftsantretung möglich seyn, wohl aber aus einem pflichtwidrigen. — Jenes ist aber nur mit großen Beschränkungen für wahr zu halten. Aus jedem nur formell gültigen Testamente [63]) ist eine Erbschaftsantretung nach prätorischem Rechte (eine secundum tabulas bonorum possessio) möglich. Wirksam ist sie freilich nicht gegen das Recht des ausgeschlossenen Notherben, wohl aber, wenn dieser nur den Erbschaftsanfall erlebte, gegen die demselben nachstehenden Intestaterben [64]).

62) s. über dies Anwachsungsrecht Bd. XXXV. des Comment. S. 399—421 (Nr. 3).

63) So muß man sich wohl ausdrücken, seit die eigenthümliche prätorische Testamentsform ganz verschwand, also auch nicht mehr zur Ertheilung einer sec. tab. B. P. genügen konnte. Vgl. Bd. XXXIV. d. Comm. §. 1412 b. S. 270 fgg. Allein aufgehoben ist darum das obige Recht noch keineswegs.

64) S. Bd. XXXVI. des Comment. S. 312—332. Vgl. auch oben S. 258 u. S. 264.

7) Das nichtige Testament (sagt man) kann ein früheres nicht rumpiren, das nur pflichtwidrige dagegen hebt das frühere auf[65]. — Nach dem alten Civilrecht ist dieser Satz wahr[66]. Daß ein formell vollkommen giltiges Testament, welches aber durch contra tabulas B. P. rescindirt werden konnte, vim rumpendi hatte, leidet dagegen kein Bedenken, da der Prätor demselben mit Ausnahme jenes Rescissionsrechts alle Wirkungen zugesteht[67]. Nur wenn das Testament blos die prätorische Form hatte, rumpirte es das frühere, den civilrechtlichen Erfordernissen gemäß errichtete, nicht unbedingt[68], was indessen hier nicht weiter zu berücksichtigen ist. — Daß nun ein Testament, welches nach der Novelle nicht bestehen kann, ein früheres, giltig errichtetes, rumpire, halte ich für ganz unbedenklich. Denn die Nichtigkeit, welche durch die Novelle 115 begründet wird, ist keine absolute, wie die des alten Civilrechts; sie kommt nicht wie diese den entfernteren und nur durch den präterirten Notherben noch nicht wirklich ausgeschlossenen Intestaterben zu Statten, sondern Alles hängt hier von dem bis an den Tod des Erblassers noch ungewissen Umstande ab, ob dem verletzten Notherben die Intestaterbfolge deferirt wird, oder nicht. Hier liegt also ein nur relativ ungiltiges Testament vor, welches seine Wirkungen äußert, soferne das Recht des verletzten Notherben nicht im Wege steht[69],

65) Höpfners Comment. §. 525: S. 425. d. neuesten Ausg. Nr. 1. Haubold diss. cit. p. 51.

66) L. 7. D. *h. t.*

67) Foerster de bon. poss. contra tab. P. II. §. 128.

68) L. 12. §. 1. D. *de bon. poss. contra tab.* S. Bd. XXXVI. des Comment. §. 1421 b. S. 321 fg. Not. 10.

69) Auf ähnliche Art, wie ein Testament, worin ein Postu-

dem folglich auch die Kraft, ein früheres Testament zu rumpiren, nicht abgesprochen werden darf[70].

§. 1425. c.

b) Recht der Novelle 115 im Verhältniß zu dem früheren Notherbenrecht.

Wenn von dem Verhältniß der Novelle zum früheren Rechte die Rede ist, so darf man nicht vergessen, daß das neue Gesetz nur vom Notherbenrecht spricht. Was sich in dem bisherigen Rechte also sonst über ungiltige, mangelhafte oder wirkungslos gewordene Testamente findet, wird davon überall nicht berührt. Ist daher das Testament nichtig wegen Mangels der Form, oder der Erbfähigkeit des eingesetzten Erben, oder tritt die Bedingung nicht ein, unter welcher der Erbe eingesetzt ist, oder wird es destitutum, so mag immerhin zugleich das Notherbenrecht verletzt seyn, — auf die ohnehin begründete Nichtigkeit und Wirkungslosigkeit nebst deren rechtlichen Folgen hat dies keinen Einfluß. Der Notherbe braucht also die in einem solchen Testamente angeordneten Vermächtnisse nicht anzuerkennen und zu erfüllen, sondern es tritt die Intestaterbfolge ohne alle Beschränkungen ein[71]. Francke will indessen in einem Falle des destitutum testamentum die Vermächtnisse bestehen

mus präterirt ist. Es ist durch agnatio postumi ungiltig geworden, aber nur relativ, nämlich in soferne der Postumus beim Anfall des Erbrechts noch existirt. Ist dies nicht der Fall, so äussert das Testament seine volle Wirkung; L. 12. pr. D. *de inj. rupto irr. f. test.*

70) Siehe davon weiter unten.

71) Francke Notherbenrecht S. 300.

lassen, nämlich wenn der Testamentserbe seinem Rechte freiwillig entsagt[72]). Sein Grund ist, daß der eingesetzte Erbe in der Regel darum keine Ansprüche machen werde, weil er von deren Nichtigkeit überzeugt sey und wisse, daß ihm der Notherbe die Erbschaft abnehmen werde, wofür er sich auf das gleiche Recht der contra tab. B. P. beruft, welches in L. 4. L. 10. §. 2. und L. 13. D. *de legatis praestandis b. p. contra tabulas petita* (XXXVII. 5.) enthalten seyn soll. Allein die beiden letzten Stellen enthalten durchaus nichts, was mit unserer Frage in Verbindung stände. Die erste lautet im Zusammenhange mit der unmittelbar vorausgehenden Stelle (L. 3. §. fin. *eod.*), wie folgt:

> „Ea autem legata sola praestant, qui contra tab. bon. possessionem accipiunt, quae utiliter data sunt, verum idcirco non debentur, quod filius contra tab. bon. possessionem accipit (L. 4). *Cum propter hoc plerumque scripti heredes omittant hereditatem, cum scirent emancipatum aut petiisse, aut petiturum contra tabulas bonorum possessionem.*"

Das von den Compilatoren als L. 4. cit. eingeschobene Fragment aus Julians Digesten könnte allerdings in seinem ursprünglichen Zusammenhange den Sinn gehabt haben: zu denjenigen Vermächtnissen, quae idcirco non debentur, quod filius c. t. b. p. accipit gehören auch die, welche wegen ausgeschlagenen testamentarischen Erbrechts wegfallen, da sich in der Regel annehmen läßt, daß der Testamentserbe nur durch das Recht des Notherben zur contra tab. B. P. zur Ausschlagung veranlaßt

72) Francke a. a. O. S. 391.

worden sey [73]. Doch an und für sich betrachtet drückt die Stelle überall keinen Rechtssatz aus, und da doch einmal ihre eigentliche Beziehung nicht zu erkennen und in jedem Falle etwas ausgefallen ist, so kann man ihr eben so gut auch einen anderen Sinn unterlegen [74]. So wie wir beide Stellen jetzt lesen, ist nur der vorausgehende Satz deutlich: blos die Vermächtnisse sollen bestehen bleiben, deren Wirksamkeit sonst nichts im Wege steht, als daß die contra tab. B. P. ertheilt ist [75], was m. a. W. soviel heißt: der Notherbe braucht Vermächtnisse nicht zu entrichten, welche, abgesehen von der ihm widerfahrnen Rechtsverletzung, nicht bestehen könnten. Dieser Bestimmung gemäß müssen aber auch wegen testamentum destitutum die Vermächtnisse über den Haufen fallen. Ohnehin ist nach allgemeinen Grundsätzen nicht abzusehen, weshalb die Ausschlagung des Erbrechts den Vermächtnißnehmern mehr Rechte gewähren soll, wenn Notherbenrechte verletzt sind, als im entgegengesetzten Falle.

73) Dies nimmt auch Pothier an (Pand. Justin. T. II. Lib. XXXVII. Tit. V. nr. X. p. 569. not. h., welcher hinter den Worten der c. 3. §. fin. cit. „quod fil. c. t. b. p. non accipit" suppliren will: „et scripti heredes non adierunt."

74) Haloander liest in L. 4. cit. „Cum propter hoc *legatum* plerumque" u. s. w., und auch Russardus notirt diese Variante am Rande seiner Ausgabe. Wäre diese Lesart richtig; so könnte man die Aeusserung Julians auf den Fall beziehen, wo personae conjunctae zu Erben eingesetzt sind, in welchem Falle ihnen das Hinterlassene gleich einem Vermächtnisse gewährt wurde. L. 5. §. 6. D. *de legat. praest.* S. oben S. 22 fgg. dieses Bandes.

75) S. oben §. 1421 i. not. 63. S. 28 a. E.

Wie daher das Recht der B. P. in diesem Puncte auch beschaffen gewesen seyn möge, so ist doch immer kein Grund vorhanden, in Beziehung auf das Recht der Novelle von der allgemeinen Regel abzuweichen, daß der Notherbe keine Vermächtnisse entrichten dürfe, welche von ihm nicht gefordert werden können, wenn sein Recht nicht verletzt wäre.

Hiernach hat es denn die folgende Untersuchung nur mit der Frage zu thun: ob und in wieweit neben dem Rechte der Novelle 115 noch das alte Notherbenrecht mit seinen Wirkungen bestehe?

Zuvörderst sind zwei Hauptansichten von einander zu unterscheiden. Nach der einen hat die Novelle das frühere Notherbenrecht den Wirkungen nach in sich aufgenommen und in ein neues umgestaltet. Es giebt hiernach keine Nullität mehr wegen Präterition des Haussohns [76]), es giebt keine contra tabulas bonorum possessio mehr und auch keine inofficiosi querela, wenigstens nicht in dem Sinne des alten Rechts. Mögen die Notherben ganz präterirt oder zwar enterbt seyn, doch ohne Anführung eines gesetzlichen Grundes, oder mag dieser von dem eingesetzten Erben nur nicht erwiesen werden können, mögen es sui oder emanzipirte, Ascendenten oder Descendenten seyn — immer ist die Wirkung im Wesentlichen dieselbe, nämlich die in der Nov. 115 bestimmte. Nur in Ansehung des Rechtsmittels, wodurch diese Wirkung herbeigeführt oder äußerlich erklärt wird, herrscht wieder eine Meinungsverschiedenheit, und man

76) Oder der sui überhaupt, nach der in L. 4. Cod. de lib. praet. sich findenden Ausdehnung. S. oben §. 1422. S. 102 u. 103. dieses Bandes.

kann in dieser Hinsicht ein dreifaches System unterschieden und durch die Benennungen des Nullitäts-, des Inofficiositäts-, und des Mittel- oder gemischten Systems bezeichnen [77]. Nach dem ersten ist das Rechtsmittel eine Nullitätsklage, nach dem zweiten ist es die querela inofficiosi testamenti, nur unter den beim vorigen Paragraphen [78]) angeführten Modificationen, nach dem dritten wird unterschieden; a) es ist der in der No-

77) Die früheren Darstellungen dieser Controverse, bis auf Bluntschli, leiden sämmtlich daran, daß man die beiden Grundansichten und die bei einer jeden sich wiederum findenden Meinungsverschiedenheiten nicht mit Bestimmtheit einander gegenüberstellte. Mehr als einem Schriftsteller, besonders aus einer früheren Zeit, sieht man es nur zu deutlich an, daß er sich selber nicht klar geworden sey. Koch, welcher den Versuch machte, die sämmtlichen Verschiedenheiten auf s. g. Systeme zurückzuführen (Bonorum possessio § 8. S. 134—186. u. S. 435 fgg.; vgl. auch die Vorr. zu diesem Werke S. VI.) fehlt hauptsächlich in folgenden Puncten, einmal, daß er die auf beiden Grundansichten passenden Begriffe des Nullitäts-Inoffiziositäts- und Mittel-Systems nur auf die zweite bezieht (wonach neben der Novelle noch die alten Rechtsmittel, wenigstens zum Theil bestehen), sodann, daß er aus einzelnen Modificationen besondere Systeme bildet, die er auf diese Weise noch sehr hätte vermehren können. Er unterscheidet fünf Systeme: 1) das Inoffiziositätssystem (das theoretische), 2) das Nullitätssystem (das practische), 3) das Mittelsystem (das Höpfnersche), 4) das Conditionssystem (das Schmidtsche, s. davon den vorigen §.), 5) das Emendations- und Substitutions-System (das Woltärsche, wovon mehr noch unten gesagt werden wird); vgl. hierbei Bluntschli a. a. O. §. 25. S. 234 fg.

78) s. S. 289. 290. Nr. III. *a. b.*

velle vorgeschriebenen Form nicht genügt, d. h. keine gesetzliche Enterbungsursache angeführt, — dann findet Nullität im Sinne der Novelle statt; b) es kann die angeführte Ursache von dem eingesetzten Erben nur nicht erwiesen werden, — dann tritt die (modificirte) Inofficiositätsquerel ein [79]).

Bei den Vertheidigern dieser ersten Grundansicht finden sich aber wieder einzelne Annäherungen, von denen als die wichtigsten folgende hier vorläufig auszuzeichnen sind:

1) Die Novelle ändert das bisherige Notherbenrecht vollständig nur in dem Falle, wenn die Ausschließung des Notherben mit Vorbedacht und Bewußtseyn erfolgt ist. Irrte der Erblasser über die Existenz desselben, so bleibt es bei dem früheren Rechte, d. h. auch die testamentarischen Nebenbestimmungen fallen über den Haufen [80]).

79) Hieraus entlehnt auch P. L. Kritz, welcher sich in seiner Abhandlung über die quer. inoff. donat. (in den exegetisch-practischen Abhandlungen über ausgewählte Materien des Civilrechts, Leipz. 1824. S. 104—107) beiläufig über die Sache äussert, einen guten Grund gegen dies System: wenn man nämlich annehme, daß die Anführung einer gesetzlichen, nur aber im vorliegenden Falle ungegründeten, Enterbungsursache die Nothwendigkeit für den Notherben herbeiführe, die inofficiosi querela anzustellen, so sey ja der Erblasser dadurch auctorisirt, eine mit rechtlichen Wirkungen versehene Lüge zu des Pflichttheilserben Nachtheil ausgehen zu lassen.

80) Daß in vielen Fällen (ja nach der Annahme mancher Juristen überhaupt) der irrthümlich übergangene Notherbe gleich demjenigen, welcher in Folge der Novelle 115 an die Stelle des eingesetzten Erben tritt, gerade nach dem älteren Rechte, die Vermächtnisse erfüllen mußte

2) Die contra tabulas B. P. findet in manchen Fällen noch statt [81]).

3) Die Bestimmungen der Novelle gehen auf die Postumen überall nicht; für diese ist also das alte Recht ungeändert geblieben.

Ueber den Grund oder Ungrund dieser Modificationen werde ich mich weiter unten äußern.

Nach der zweiten Grundansicht bestehen noch die alten Rechtsmittel, wenn auch zum Theil modificirt, neben dem Rechte der Novelle. Auch hierbei sind jedoch wieder die Abweichungen und Meinungsverschiedenheiten durch die Benennungen des Nullitäts-, des Inofficiositäts- und des Mittel- oder gemischten Systems zu bezeichnen (s. Note 77). Die Vertheidiger dieser verschiedenen Systeme sind — wenn anders die Grundansicht von ihnen festgehalten ist — darin einverstanden, daß die alte Nullität und die contra tabulas bonorum possessio mit den ihnen eigenthümlichen Bedingungen und Wirkungen auch noch im neuen Rechte bestehen, jene, wenn ein suus heres im Sinne des alten Civilrechts präterirt, d. h. nicht namentlich enterbt ist, diese für alle Fälle, wofür sie früher galt — als necessaria sowohl, wie als utilis. — Im Einzelnen nun unterscheiden sich diese Systeme darin von einander.

A) Das Nullitätssystem verwirft die querela inoffic. testamenti für Descendenten und Ascendenten ganz.

(L. 28. D. *de inoff. test.* L. 92. D. *de heredib. instit.*), übersah' man dabei gewöhnlich ganz. Vgl. weiter unten die Note 95 und den dazu gehörigen Text.

81) Davon weiter unten.

Es nimmt also folgende Rechtsmittel als geltend im Justinianischen Rechte an:

1) die s. g. querela nullitatis ex jure antiquo; sie setzt absolute Nichtigkeit des Testaments voraus, wird durch Präterition der sui begründet und ist folglich nur für diese gültig.

2) Die contra tabulas bonorum possessio, wenn Emancipirte und die ihnen gleichstehenden Descendenten präterirt sind, oder sonst im alten Recht ein Grund zu derselben eintrat. Sie kann nur für Descendenten (den streitigen Fall des emanzipirenden Vaters ausgenommen) und zwar nur für solche Descendenten zur Anwendung kommen, welche civilrechtliches oder prätorisches Notherbenrecht haben.

3) Die s. g. querela nullitatis ex jure novo mit den in der Novelle bestimmten Wirkungen. Sie gilt

a) für die altcivilrechtlichen und prätorischen Notherben, wenn zwar namentliche Enterbung derselben erfolgt, aber entweder keine gesetzliche Ursache angeführt ist, oder die angeführte nicht bewiesen werden kann;

b) für diejenigen, welche erst durch die Nov. 115 förmliches Notherbenrecht erhalten haben — Descendenten in Beziehung auf das Testament ihrer Mutter oder ihres mütterlichen Grosvaters und Ascendenten — giebt es nur dies Rechtsmittel. Es findet also stets statt, diese Notherben mögen ganz mit Stillschweigen übergangen, oder ohne Anführung einer Ursache ausgeschlossen seyn, oder es mag die Ursache nur nicht bewiesen werden können.

B) Das Inofficiositätssystem stimmt mit dem vorstehenden überein, ausser daß es Statt einer querela nullitatis ex jure novo die (modifizirte) querela in-

officiosi testamanti eintreten läßt, welche zur Anwendung kommt, wenn entweder gar keine, oder eine unwahre Enterbungsursache angeführt ist.

C) Das gemischte System kennt vier Rechtsmittel: die alte Nullitätsklage und die contra tabulas bonorum possessio, wie in beiden obigen Systemen, und außerdem die querela nullitatis juris novi und die inofficiosi querela, beide für sämmtliche in der Novelle genannten Notherben anwendbar, jene für die Fälle, wo zwar eine förmliche Enterbung (da, wo sie das ältere Recht für nothwendig erachtet) erfolgt, aber die neuere Form nicht beobachtet, also kein gesetzlicher Grund angeführt oder keine Erbeseinsetzung geschehen ist, die inoff. querela, wenn eine falsche oder unerweisliche angeführt ist. Auch nach diesem System hat die Inofficiositätsquerel zwar ihre alte Grundlage (als testamentum justum quidem, sed iniquum) und die meisten Eigenthümlichkeiten behalten, findet jedoch ebenfalls nur mit der Modification statt, daß die Wahrheit der Ursache vom Testamentserben zu erweisen ist, auch das Testament nur quoad heredis institutionem rescindirt wird. Gerechtfertigt wird dies theils dadurch, daß das Gesetz diese Wirkung der Vernachlässigung seiner Vorschriften ganz allgemein bestimmt, theils durch ein argumentum ab absurdo, indem nicht anzunehmen sey, daß ein formell giltiges und nur durch die Querel zu rescindirendes Testament weniger Wirkungen haben solle, als ein solches, dem auch die gesetzliche Form fehlt[82].

82) Es ist dies gemischte System hier so dargestellt, wie ich es in den beiden ersten Auflagen meiner doctrina Pandectarum aufgefaßt und vertheidigt habe (Vol. III.

Daß die Vertheidiger dieses zweiten Hauptsystems in besonderen Puncten wieder sehr von einander abweichen, bedarf kaum einer Bemerkung. Einzelne dieser Verschiedenheiten werden unten erwähnt werden; hier will ich nur diejenigen hervorheben, welche sich auf die Art der Anwendung der B. P. beziehen, und, da wir in dem gegenwärtigen Titel nicht wieder daraufgeführt werden, kürzlich meine Ansicht hinzufügen.

1) Nach der Meinung mancher Juristen soll zwar die contra tabulas B. P. als besonderes Rechtsmittel neben den übrigen bestehen, der Contratabulant aber nicht blos an die exceptae personae, sondern vollständig die Vermächtnisse entrichten müssen, in diesem Puncte also auch für die c. t. B. P. das Recht der Novelle gelten. Inconsequent ist dies auf jeden Fall; doch beruft man sich dafür auf die Praxis und diese soll durch die Stellung der aus Nov. 115 genommenen Authentica *ex causa* ad L. 4. C. *de lib. praet.* zu ihrer Ansicht gekommen seyn [83]). Dies ließe sich schon hören; indessen beruhete es wohl zunächst auf einer ungenauen Kenntniß des älteren Notherbenrechts und der zum Schutze desselben dienenden Mittel, wenn einzelne Practiker von einer contra tab. B. P. sprechen, dieser aber die Wirkungen der Novelle beilegen. Dergleichen dient eher zum Zeug-

§. 584). — An einzelnen Abweichungen unter den Vertheidigern desselben fehlt es auch hier freilich nicht. Die erheblichste dieser Abweichungen ist: daß die querela inoff. test. die alten Folgen haben, und auch selbst Thibaut (Pand. §. 819) meint, daß man dies annehmen müsse, wenn man das gemischte System vertheidige; er selbst trägt übrigens die Nullitätstheorie vor.

83) S. Koch B. P. a. a. O. S. 135 a. E. und S. 143.

niß, daß die Praxis das erste Hauptsystem anerkannte; die Benennung der Rechtsmittel kommt hierbei nicht wesentlich in Betracht, da sie, wie gesagt, nur durch Unkenntniß des alten Rechts veranlaßt, also höchst zufällig seyn kann.

2) Unter vorausgesetzter Richtigkeit des Nullitätssystems soll auch gegen das Testament der Mutter und der mütterlichen Ascendenten die contra tab. B. P. statt finden, also der verletzte Notherbe die Wahl haben zwischen der querela nullitatis juris novi und der contra tab. B. P., weil die Novelle 115 diesen Descendenten förmliches Notherbenrecht gegeben habe, und überdies die Novelle 118 Descendenten aller Art auf gleiche Weise zur Intestaterbfolge rufe [84]). Allein dies beruht auf einer

84) Stryk succ. ab int. Diss. IX. cap. V. §. 10. (Wenn es hier heißt: „in praxi hanc bonorum possessionem indulgent praeterito in testamento matris, et generaliter quoties querela conceditur, toties hujus bon. possessionis agnitio admittitur" — so hat es mit dieser Praxis ohne Zweifel dieselbe Bewandniß, wie mit der im Texte erwähnten, wonach auf die contra tab. B. P. das Recht der Nov. 115 bezogen werden soll). *Frid. Guil. Car.* Sartorius diss. de bonorum possessione quam contra tabulas parentum liberi agnoscunt Sect. II. §. IV. p. 96 sqq. (Sartorius scheint nicht blos allen Descendenten, sondern sogar Allen, welche durch die Novelle förmliches Notherbenrecht erhalten haben, das Recht der utilis B. P. zuzugestehen.) — Koch B. P. S. 131 fgg. S. 143 fgg. (nr. II.). — Er hält zwar theoretisch das Inoffiziositätssystem für richtig, womit denn freilich diese Ausdehnung des Rechts auf contra tab. B. P. nicht zu vereinigen sey, das Nullitätssystem erklärt er indessen für das practische und deduzirt denn

völlig unrichtigen Ansicht von dem Grunde der contra tab. B. P. Die Gleichstellung in Beziehung auf Intestaterbfolge kommt hier überall in keinen Betracht. Eher würde man sich auf das den Descendenten auch gegen die Mutter verliehene förmliche Notherbenrecht berufen dürfen; indessen ist ja damit das Princip noch nicht aufgehoben, daß von einer väterlichen Gewalt des Testirers nicht die Rede seyn kann, auch die contra tab. B. P. gegen dessen Testament nicht möglich ist [85].

3) Streitet man über die fortdauernde Wirkung der nova clausula de conjungendis cum emancipato liberis [86]. Daß seit der Novelle 118 von der Anwendbarkeit dieses Edicts in der Intestaterbfolge nicht weiter die Rede seyn konnte, bedarf keiner Bemerkung. Allein da einmal kein unbedingter Schluß von der Intestaterbfolge auf das Notherbenrecht gilt, so muß man auch für die contra tabulas B. P., falls man dies Rechtsmittel im neueren Rechte überhaupt zuläßt, die fortdauernde Anwendbarkeit der Clausel annehmen [87].

4) Dagegen die B. P. litis ordinandae gratia, als prätorische Vermittlung der Intestaterbfolge zu dem Zwecke, um die inofficiosi querela anstellen zu können [88])

auf diese Weise die Nothwendigkeit, auch für mütterliche Descendenten die contra tab. B. P. anzuerkennen.

85) Vgl. oben S. 52 fg. dieses Bandes (Nr. A.) und S. 98. in der Note. Sodann Bd. XXXV. S. 184 fg. Note 2.

86) S. oben S. 6. dieses Bandes Note 6. u. S. 57. Note 40.

87) S. meine doctrina Pandectar. Vol. III. §. 770 a. E. — Das Gegentheil behauptet Koch B. P. S. 118 fg. und S. 185 fg.

88) Bd. XXXV. des Comment. §. 1421. a. S. 155 — 157.

ist wenigstens seit der Nov. 118 auf keinen Fall mehr nöthig, da es jetzt ja einer solchen Vermittlung überall nicht mehr bedarf [89]).

Ob überhaupt noch eine contra tab. B. P. (als necessaria oder utilis) neben dem Recht der Novelle 115 bestehe? wird am Schlusse dieses §. zur Sprache kommen. Jetzt sollen noch einige Bemerkungen über die beiden Hauptsysteme nebst Erwähnung ihrer vorzüglichen Vertheidiger erfolgen.

So freigebig man auch mit Kunstnamen zu seyn pflegt, so fehlt es doch an solchen, wodurch man die beiden Hauptsysteme zu bezeichnen gesucht hätte [90]), — vermuthlich weil man so selten den Gegensatz scharf und bestimmt auffaßte. Erst Bluntschli versucht dies; er schlägt für das erste Hauptsystem die Benennung des Ausschließungssystems, für das zweite die des Enterbungssystems vor, da nach jenem System die Novelle jede Enterbung der Uebergehung gleichgestellt und beide umfaßt habe, nach diesem die Novelle sich blos auf die Enterbung und was dieser schon früher gleichstand, die Uebergehung der Eltern, beschränke [91]). Indessen möchte man sich schwerlich bei diesen Namen die gemeinten Begriffe immer vergegenwärtigen können, ohne dabei wieder die (doch auch eben nicht sehr deutliche) Beschreibung

89) S. Koch B. P. S. 174. S. 193. S. 351 fg.

90) Man könnte allenfalls die von Koch erfundene Benennung des Condictionensystems auf das erste Hauptsystem beziehen. Indessen würde diese Benennung doch immer nicht richtig seyn, da weder die Nullitätsklage (als hereditatis petitio intestati) noch die Inoffiziositätsquerel zu den Condictionen gezählt werden können.

91) Bluntschli a. a. O. S. 268.

derselben vor Augen zu haben. Vielleicht ist dies besser der Fall, wenn man das erste das vollständige Derogationssystem, das zweite das Correctionssystem nennt. Denn nach jenem ist das frühere Notherbenrecht in materieller Beziehung ganz oder doch der Hauptsache nach aufgehoben, nach diesem ist es nur im Einzelnen erweitert und abgeändert. Ich werde mich der Kürze halber dieser Benennungen bedienen.

Wie Justinians Zeitgenossen über das Verhältniß des Rechts der Novelle zu dem alten Notherbenrechte gedacht haben, ist mit Bestimmtheit nicht zu ermitteln. Der Epitomator Julianus referirt nur den Inhalt der Novelle; über das Verhältniß zum früheren Rechte äußert er sich aber so wenig, wie das Gesetz selbst [92]). Cyriller sagt in einer als Scholion zu den Basiliken aufgenommenen Stelle: wer mit der querela inoff. test. auftrete, müsse einen Grund anführen, weshalb er nicht hätte ausgeschlossen werden sollen [93]). Aber diese und ähnliche Aeußerungen in Schriften, welche ja nur den Inhalt der Pandekten oder des Codex darstellen sollten, können natürlich über die practische Ansicht der Zeit, worin sie entstanden, nichts beweisen. Ohnehin ist hier nur die Rede von der Beweislast; daß diese aber durch die Nov. 115 anders bestimmt sei, ist ja auch von

92) Daß man sich auf Julian beruft, um das Inoffiziositätssystem zu rechtfertigen, wurde bereits oben S. 251 fg. Note 83. bemerkt. Vgl. Bluntschli a. a. O. S. 269 fgg.

93) Schol. f. ad tit. *de querela test.* (XXXIX. 1.) T. V. p. 225. — Der Compilator der Scholien bemerkt dabei (vielleicht ebenfalls aus der Schrift eines Zeitgenossen Justinians), dies sey durch die Novelle 115 ganz anders bestimmt.

den Vertheidigern des Correctionssystems allgemein angenommen. Andere in den Scholien sich findende Aeußerungen, welche allerdings bestimmter auf das practisch geltende Recht schließen lassen, sind wenigstens für Justinians Zeit nicht direct beweisend, da die Namen der ursprünglichen Verfasser fehlen. Unverkennbar ist es übrigens, daß in den Basiliken und den dazu compilirten Scholien das Derogationssystem als practisch anerkannt ist[94]). Dafür spricht schon die Stellung des cap. 3 u. 4 der Nov. 115 bei dem Titel de liberis et postumis, wo doch gerade das altcivilrechtliche Notherbenrecht dargestellt wird. Noch bestimmter beweisend ist, daß es in Fr. 5. *de inj. et rupto et irrito testam.* (XXXIX, 2), in Beziehung auf die Zerstörung eines Testaments durch postumi agnatio heißt: es werde dadurch die Erbeseinsetzung aufgehoben[95]), wobei denn der Scholiast bemerkt (nach der Uebersetzung von Fabrotus): „Haec adjectio, *quod ad institutiones duntaxat*, ut arbitror, a descriptoribus opposita est: *haec enim sententia est ex legibus posterioribus, vel forte etiam* βασιλικῶν“[96]). Wenn dieser letzte Zu-

94) Vgl. Bluntschli a. a. O. S. 372 fgg. Francke Notherbenrecht S. 355. — Uebrigens ist es nicht richtig, wenn Francke bemerkt, daß die Basiliken den Titel *de legat. praest.* u. s. w. nicht haben. Er ist in dem Titel *de querela test.* als Fr. XXXIII — XXXVII. im Auszuge eingeschaltet, T. V. p. 206 sq.

95) „Qui enim coepit rumpere, totum in his, quae sequuntur, testamentum infirmat, *videlicet quod ad institutiones duntaxat*“ heißt es in der, nur der Wortstellung nach ungenauen Uebersetzung von Fabrotus, T. V. p. 271.

96) T. V. p. 277. Schol. f. — Auch andere Aeusserungen in

satz nicht aus einem nach späteren Zeitalter, als dem der Entstehung der Scholien ist, so beweis't er freilich, daß man damals schon über das zu Justinians Zeit gegoltene Recht zweifelhaft war. Für die Zeit der Basiliken aber beweis't die Interpretation der in der L. 5 excerpirten Stelle Ulpians ganz entschieden die Anerkennung des Derogationssystems [97]). Geflissentliche Aenderungen, so wie Bemerkungen über die derogirende Kraft der Novelle enthalten ein bestimmtes Zeugniß über die Ansicht ihres Urhebers; blos referirende oder interpretirende Aeusserungen entgegenstehender Art, wobei das zu erklärende Recht der Pandekten und des Codex zu Grunde lag, können dagegen natürlich nicht in Betracht kommen. — Von besonderer Wichtigkeit ist hier aber auch noch die Bemerkung des

den Scholien (z. B. Schol. b. p. 277: „quid vero in liberis usus obtineat, disces ex Novella de voluntate", — Schol. g. p. 278: „haec infirmat Nov. 115", — Schol. i. in f. p. 281: „hoc infirmat Nov. 115 u. s. w.), wenn sie gleich nur zum Theil auf unsere Frage zu beziehen sind, beweisen doch immer die Meinung des Scholiasten in Ansehung der derogirenden Wirkung des neuen Gesetzes.

97) Ob die Basiliken ein bestimmtes Zeugniß für das Inoffiziositätssystem liefern? ist bereits oben S. 252. erörtert und verneint. Wenn aber Pufendorf dafür sich auch noch auf Fr. 38. *de querela test.* (T. V. p. 208.) beruft, worin von der querela inoff. gegen das Testament einer Mutter die Rede ist, so standen ihm solcher Beweisstellen noch viele zu Gebote. Denn die Basiliken tragen ja unzähligemal veraltetes Recht vor, da durch sie die gesammten Justinianischen Rechtsquellen nur zugänglicher gemacht werden sollen. Biener Geschichte der Novellen Justinians S. 127 fgg.

Scholiasten zum Titel *de bonorum poss. contra tab.*: „hic titulus secundum jus, quod obtinet, superfluus est. Cum enim novella constitutio post codicem edita certas causas enumeret, extra quas, si quis filium suum exheredaverit, aut praeterierit, infirmatur institutio, legata autem omnia praestantur, hic titulus locum non habet, nec sequens" (*de conj. cum em. lib.*) [98]). — Auch die Ecloga Basilicorum erklärt sich deutlich für das Derogationssystem [99]). Was bei Harmenopulus und in Prochiron [100]) aus dem alten Recht noch vorkommt [1]), ist hier eben so wenig entscheidend, als was sich davon in den Basiliken findet [2]). Eine Aeußerung über das Verhältniß der Novelle zum alten Notherbenrecht sucht man bei Harmenopulus vergebens [3]).

98) Lib. XC. Tit. III. Schol. a. in f. T. V. p. 311.

99) Wenigstens in einem Puncte, welcher sonst selbst noch unter den Vertheidigern des Derogationssystems bestritten ist: die postumi agnatio rumpirt das Testament nicht vollständig, sondern nur quoad heredis institutionem, Tit. XVI. §. 8. (in *Jo.* Leunclavii jus Graeco-Romanum T. II. p. 109). Vgl. auch K. Witte im Rhein. Mus. Bd. III. S. 50. (XVI. 8.).

100) S. Witte im Rhein. Museum für Jurisprudenz Bd. III. S. 59 fgg. §. 11.

1) Die von dem Notherbenrecht handelnden Stellen bei Harmenopulus s. m. bei Bluntschli a. a. O. S. 276 fgg.

2) Vgl. Biener Gesch. der Novellen S. 156.

3) Wenn Bluntschli (a. a. O. S. 276.) dem Harmenopulus die Meinung zuschreibt, daß wegen Präterition der Kinder (ausser wenn es ein Postumus ist) nur die Erbeseinsetzung wegfalle und die Intestaterben an die Stelle der geschriebenen eintreten, so habe ich dies (auf-

Von den Schriftstellern des Abendlandes bis auf die Glossatoren [4]) sind hier nur Petrus [5]) und der s.g. Brachilogus anzuführen. Beide scheinen ebenfalls die Novelle für vollständig derogirend zu halten. Wenigstens sagt der Erstere ganz allgemein: wenn der Vater oder die Mutter den Sohn ohne einen gerechten Grund enterbe oder präterire, so könne ihr Testament als pflichtwidrig rumpirt werden. Der Letztere erklärt die bonorum possessio für unpractisch [6]), und als Anfechtungsmittel eines Testaments, worin Notherbenrechte verletzt sind, erwähnt er nur die inofficiosi querela [7]). Doch läßt sich mit völliger Sicherheit hieraus nichts schließen, — nicht einmal, daß der Verfasser das Inofficiositätssystem annahm, da man ganz

ser in dem Tit. IX. Lib. V. wo H. den Inhalt der Novelle vorträgt), nicht finden können. Bluntschli meint wahrscheinlich die Stelle im Tit. V. Lib. V. (de infirmatione testamenti) §. 2, wo es, nach der Uebersetzung von Wilh. Otto Reitz heißt: „si filiamfamilias, aut nepotem, aut neptem habeat, quos heredes non scripsit; *tunc testamentum non rumpitur in totum, sed hi hereditatem subintrant.*" Dabei denkt Harmenopulus aber nicht an das Recht der Novelle, sondern an das alte Recht, wonach Töchter und Enkel präterirt werden konnten, und nur den eingesetzten Erben accrescirten, obgleich dies Recht bereits durch die L. 4. C. *de lib. praet.* abgeschafft war. M. s. hierzu die Anmerkungen von Soarez und Reitz, in suppl. thes. MEERM. p. 284. not. 6. u. 8.

4) Vgl. hierüber Bluntschli a. a. O. S. 278 fgg.

5) *Petri* exceptiones. I. 17.

6) Corpus legum s. Brachylogus juris civilis ed. BÖCKING (Berol. 1829.) Lib. II. Tit. XXXV. §. 4.

7) Lib. II. Tit. XXXIII.

deutlich sieht, daß er bei seiner Darstellung die Novelle 115 überall nicht vor Augen hatte [8]).

Bei den Glossatoren [9]) zeigen sich schon die Resultate eines geregelten und umfassenden Studiums der Justinianischen Compilation, und wir finden hier bereits alle verschiedenen Ansichten über das Verhältniß der Novelle zu dem früheren Rechte wenigstens angedeutet. Daß **Irnerius** der Novelle vollständig derogirende Wirkung zuschrieb, und zwar das Nullitätssystem annahm, schließt man nicht ohne Wahrscheinlichkeit aus der Stellung der beiden Authentiken *non licet* und *ex causa*, von denen jene die zur giltigen Ausschließung erforderliche Nothwendigkeit, einen gesetzlichen Enterbungsgrund anzuführen, diese die Wirkung der mangelhaften Ausschließung zum Gegenstand hat. Hätte er die Novelle blos auf die inofficiosi querela bezogen, so würde er sie wohl zum Titel de inoff. test. gestellt haben, nicht aber dahin, wo von der förmlichen Enterbung der civilrechtlichen und prätorischen Notherben die Rede ist [10]). Auch ist der Ausdruck in der zweiten Novelle nicht zu übersehen: „ex causa exheredationis vel praeteritionis *irritum est* testamentum, quantum ad institutiones"; also: ein solches Testament **ist** un-

8) So heißt es im §. 2. des zuletzt erwähnten Titels: „Inofficiosi querela est allegatio, qua liberi seu parentes *ostendant se injuste praeteritos vel exheredatos*."

9) Besonders lehrreich ist hier **Bluntschli** a. a. O. §. 30. S. 282 fgg.

10) Daß **Irnerius** das reine Derogationssystem vertheidigte, bestätigt auch *Alex. Arn.* PAGENSTECHER Irnerius injuria vapulans crit. XXI. §. 14. 15.

giltig, es bedarf nicht erst einer Rescissionsklage [11]. Rein findet sich die Ansicht, daß auch wegen Präterition des Sohns in dem väterlichen Testamente dieses doch nicht vollständig vernichtet werde, auch ausgesprochen in der Gl. *fratribus* D. *de inj. rupto irr. f. test.* [12], in dem casus zu L. 1. C. *de bon. poss. c. tab.* (VI. 12.) [13], besonders aber in der Summa codicis von Rogerius [14]. Eine eigenthümliche Ansicht hat der Glossator Wilhelmus de Cabriano: der nicht aus einem gerechten Grunde ausgeschlossene Sohn habe die Wahl, entweder die inoff. querela anzustellen, oder von der gesetzlichen Nullität Gebrauch zu machen, eben so wie der präterirte suus filius wählen könne, ob er ab in-

11) Vgl. hierzu ausser Bluntschli a. a. O. auch Francke Notherbenrecht S. 355.

12) „Sed hodie dic secus, ut C. *de lib. praet.* auth. *ex causa*.

13) Hier heißt es in Beziehung auf die Wirkung der contra tab. B. P., daß nur an personas conjunctas die Vermächtnisse zu zahlen seyen: „quod hodie verum non est, infr. *de lib. praet.* auth. *ex causa*.“

14) Von dieser noch nicht gedruckten Summe hat von Savigny einiges, und unter anderen auch die hieher gehörige Stelle mitgetheilt im Anhang IX. zum vierten Bande der Geschichte des römischen Rechts im Mittelalter S. 435 fg. „Nova constitutione querela nullum sibi vindicat locum. Nam si quis ex supradictis personis juste sit exheredatus u. s. w., tunc querela non competit. *Aut injuste est exheredatus vel praeteritus, tunc ipso jure circa institutionem nullum est testamentum, cetera perseverant in suo statu.*“ — Rogerius nimmt auch für Geschwister die Querel nicht mehr an. Doch davon kann hier noch nicht die Rede seyn.

testato succediren, oder die contra tab. B. P. nachsuchen wolle [15]. Ob er sich übrigens zu dem Derogationssystem bekennt, wie Bluntschli annimmt, läßt sich hieraus freilich nicht ersehen; er scheint vielmehr nach dem angeführten Falle des präterirten Haussohns Anhänger des gemischten Correctionssystems gewesen zu seyn. Ueberhaupt tritt jetzt dies System schon mehr hervor [16]; es findet sich namentlich bei Joh. Bassianus [17]) und der

15) Glossa WILHELMI ad tit. Cod. *de inoff. test.*, mitgetheilt von Savigny in dem Anhang XI. zum vierten Bande der Gesch. des röm. Rechts im Mittelalter S. 441.

16) Ein näheres Eingehen in die Meinungen Einzelner ist bei der Dürftigkeit der Quellen (wenigstens der Jedermann zugänglichen Quellen) wenig lohnend. Doch scheint bei den Glossatoren zuerst das Derogationssystem und zwar in ihm das Nullitätssystem vorherrschend gewesen zu seyn, allmählig aber dem gemischten Correctionssystem Platz gemacht zu haben. — Vgl. auch noch die bisher ungedruckten Glossen von Pillius und Cyprian bei v. Savigny a. a. O. S. 458. nr. 8. und S. 462. nr. 9.

17) S. hier die Stellen bei Bluntschli S. 289. Note 410. — Daß Accursius ad Authenticor. collat. VIII. Tit. XII. c. 3. Gl. *nullum* angiebt: nach Johannes und Anderen sey das gegen die Novelle errichtete Testament durch die Querel zu rescindiren, enthält keinen Beweis dagegen, indem die Vertheidiger des gemischten Systems ja die Nothwendigkeit der Querel in dem Falle annehmen, wenn die Unwahrheit der Enterbungsursache behauptet werden kann, wohl aber einen Beweis von der Ungenauigkeit, womit Accursius die Glossen compilirte. Denn offenbar stellt er hier dem: „*Nullum ipso jure* secundum Mart. et Azon." entgegen: „sec. Jo. et alios dic per sententiam, et sic aget querela, et secundum hoc dices evacuato, i. e. evacuando per querelam." — Anders sucht Bluntschli a. a. O. die Sache zu erklären.

Sache nach auch bei Azo[18]), in soferne er alle bisherigen Rechtsmittel zuläßt, obgleich so verwirrt und unsicher, daß man in jedem Falle sieht, er sey mit seinen Ansichten über das Notherbenrecht nicht auf's Reine gekommen[19]). Entschiedener hat Accursius dies System. Denn so widersprechend auch an sich die einzelnen Glossen sind, welche sich hier oder dort im Corpus juris über das practische Notherbenrecht finden, so ergiebt sich doch die Ansicht des Accursius deutlich genug aus der Glosse zur Auth. *ex causa* Cod. *de lib. praet.* Daß er dem gemischten System zugethan war, sieht man aus der ersten Glosse: „omissa in testamento (causa), *tunc ponitur irritum ipso jure.* Vel — causa fuit inserta in testamento, sed per heredem non probata: et tunc irritum, *id est irritandum.*" Diese letzten Worte sind höchst wahrscheinlich ein Zusatz des Accursius zu der Bemerkung eines Glossators, welcher auch in dem zweiten Falle Nullität annahm. — Sodann folgt eine Glosse des Martinus Gosia, der das Nullitäts- und wahrscheinlich auch das Derogationssystem vertheidigte, wobei aber Accursius bemerkt: „Tu dic secund. *Joann.* quod habet locum (querela), quando est inserta et non probata (causa), et verbum hoc *irritum* non est in corpore (in dem Original) sed est ibi *evacuato.*" Und hieran unmittelbar knüpft sich die Bemerkung: „Subaudi ergo per querelam, *vel per contra tabulas*, si fuerit praeteritus emancipatus,

18) Nach Accurs. erscheint er als Vertheidiger der Nullität; s. die vor. Note.

19) S. Azonis Summa Cod. ad tit. *de lib. praeter.* in f. und die sonstigen Stellen bei Bluntschli a. a. O. S. 290 fgg. (Nr. 11.).

vel suus; *sed suus si vult, potest etiam dicere nullum, cum est praeteritus*"; — und weiter unten: „sed irritandum est (testamentum) per querelam, *vel aliis communibus modis.*" Diese und andere Aeußerungen, welche sich in der Gl. vulg. ad auth. *ex causa* finden, wenn sie gleich zum Theil unter sich wenig zusammenhängen, setzen es außer Zweifel, daß Accursius das Correctionssystem annahm[20].

Daß die Ansichten der Scholastiker[21] nicht klarer gedacht und bestimmter ausgesprochen seyen, als die der letzten Glossatoren, läßt sich von selbst erwarten. In dieser Periode zeigt sich vorzüglich die Meinung, daß im Fall eines irrthümlichen Uebergehens das alte Recht ungeändert geblieben sey, sodann, daß die Rechtsmittel des alten Rechts mit denen, welche nach der Novelle den Notherben zustehen können, electiv concurriren, — worauf man wohl hauptsächlich durch die elective Concurrenz der contra tab. B. P. und der hereditatis petitio intestati für den filius suus praeteritus geführt wurde; außerdem aber wirkte hier auch sichtlich der Mangel einer richtigen Kenntniß des alten Rechts und überhaupt aller historischen Begründung der vorgetragenen Lehre ein. Bluntschli hat besondere Rücksicht auf Cynus de Pistorio[22] und Bartolus de Saxoferrato (s.

20) Vgl. hiermit Bluntschli a. a. O. S. 293 fgg. (nr. 12).

21) Bluntschli a. a. O. §. 31. S. 295 fgg.

22) Bluntschli schreibt ihm die Meinung zu, daß die Novelle dem alten Recht derogire, allein ich finde nur Widersprüche bei ihm, indem er zuerst zwar die Novelle ganz allgemein auch auf das alte Recht zu beziehen scheint, aber bald darauf dieses als vollständig geltendes vor-

die folg. Note) genommen, weniger auf Baldus de Ubaldis, dessen Ansicht ungefähr folgende ist: Nach einigen Aeußerungen muß man glauben, daß er sich zum reinen Derogations- und zwar zum Nullitätssystem bekennt[23]); in der That trägt er aber das gemischte Correctionssystem vor. Das Testament ist nach ihm null, wenn ein suus, ein Emanzipirter, ein anderer Notherbe ganz präterirt, oder zwar enterbt, allein gar keine, oder doch keine gesetzliche Ursache angeführt ist; die Inofficiositätsklage läßt er zu: wenn eine gesetzliche Ursache angeführt ist, aber nicht erwiesen werden kann („si est rite facta exheredatio, opus est querela"), und da er überdies von der contra tab. B. P. als einem anwendbaren Rechtsmittel, so wie von einem Testamente spricht, welches nur jure novissimo nullum ist, so ergiebt sich ganz klar, daß er dem Correctionssystem zugethan war[24]). Er erwähnt übrigens noch einer von ihm verworfenen Meinung, wonach, wenn in einem früheren Testament ein Notherbe exheredirt, in einem zweiten präterirt war, das zweite zwar nicht bestehe, die darin angeordneten Vermächtnisse aber gezahlt werden müssen[25]), — was doch wohl nichts anderes seyn kann, als daß dem zweiten Testament vis rumpendi, aber mit den Wirkungen der

trägt (Cynus *de* Pistorio sup. Cod. Lugd. 1547. fol. 264 sqq.).

23) Aehnliche Aeußerungen bei Bartolus scheinen die Meinung Bluntschlis veranlaßt zu haben, daß Bartolus das Derogations- (oder das von ihm s. g. Ausschließungs-) System annehme. Dies läßt sich aber mit den sonstigen Lehren desselben nicht vereinigen.

24) Baldus ad auth. *ex causa* Cod. de lib. praeter.

25) Baldus l. l. nr. 55.

Novelle zugeschrieben wurde; und dies ist auch ganz richtig [26]). — Barthol. de Saliceto erklärt eben so wie Cynus die Novelle zwar für ein das ganze Notherbenrecht umfassendes Gesetz [27]), trägt dann aber das gemischte Correctionssystem als das gemeinhin angenommene vor. Raphael Fulgosius vertheidigt das Corrections-, in diesem aber das Inofficiositätssystem [28]). Paulus de Castro hält den Unterschied zwischen Haussöhnen und emanzipirten Kindern für ganz aufgehoben, im übrigen trägt auch er das gemischte Correctionssystem vor [29]), wogegen Ballionus de Nobilibus wieder das reine Derogationssystem vertheidigt [29a]).

Mit größerer Klarheit und Bestimmtheit findet sich schon bei Alcrati das Correctionssystem vertheidigt [30]).

26) M. vgl. den Schluß des vor. §. nr. 7.

27) Ad auth. *ex causa* Cod. *de lib. praeter.*, woselbst es unter Nr. 8. von der Novelle heißt: „haec autem lex generaliter et indistincte loquitur, et ejus verba adaptantur tam ad ignoranter, quam scienter exheredatos.“

28) Uebrigens scheint er auch eine elective Concurrenz mit der alten Querel eintreten zu lassen, wenn die Erfordernisse des neueren Rechts nicht beobachtet sind; ad auth. *ex causa* Cod. de lib. praet. nr. 8. in f.

29) *Paul.* Castrensis ad dict. auth. nr. 9. sqq.

29 a) Ballionus repetit. super. auth. ex causa C. *de lib. praeter.* in *Pomp.* Limpii repetitiones in varias juris civilis Leges Vol. VIII. Fol. 291 sqq. — Zwei andere von Limpius compilirte Schriftsteller billigen aber das Correctionssystem, wiewohl jeder auf verschiedene Weise, nämlich *Joh.* Ignerus (daselbst fol. 308 sqq.) und *Lud.* Gozadinus (das. fol 331 sqq.)

30) Alciatus ad L. 7. D. *h. t.* nr. 4. sqq. (opp. ed. Frcf.

„Ego (heißt es unter anderen bei ihm) novellam Justiniani legem non recte ab Hirnerio — sequioribusque intellectam arbitror, *et in primis non fit mihi verisimile, tot leges, imo integros titulos a Justiniano correctos unico verbo* esse". Er läßt auch nicht ipso jure Nullität eintreten, wenn nur gegen die Vorschrift der Novelle gefehlt ist, sondern will alsdann das Testament durch die querela inoff. test. angefochten wissen [31]. Franz Connanus nimmt ebenfalls das Inofficiositätssystem an [32]; über das Verhältniß der Novelle zum alten Recht erklärt er sich nicht bestimmt [33]. Ganz entschieden dagegen bekennt Franz

T. I. p. 437 sqq.) u. Parerg. Lib. IV. cap. 9. (opp. T. III. p. 330 sq.)

31) Wenn Alciati in den Parerg. Lib. IV. c. 9. am Ende sagt, die Worte der Novelle διαθήκης ἀκυρουμένης deuteten auf die Nothwendigkeit einer Anfechtung des Testaments durch inoff. querela oder contra tab. B. P. hin, so heißt dies nicht: es finde nach der Novelle eine elective Concurrenz der Querel und der c. t. B. P. statt, sondern nur: das Gesetz läßt nicht ipso jure Nullität eintreten, — wie sich dies aus dem Zusammenhange der Darstellung und insbesondere aus einer Vergleichung mit seinem Commentar ad L. 2. Cod. de bon. poss. contra tab. ergiebt, wo er (nr. 33. opp. T. III. p. 418.) ausführt, daß die contra tab. B. P. gegen das Testament einer Mutter überall nicht statt habe.

32) comment. jur. civil. Lib. IX. cap. X. nr. 3. 4.

33) Wahrscheinlich vertheidigte er aber gleichfalls das Correctionssystem. M. s. die Aeußerungen a. a. O. Verius enim est, de jure antiquo nihil immentatum esse, quod ad testamenti solennia pertineat, et valere ipsum, in quo filius est exhaeredatus, etiam non sit

Duarenus sich zum Derogationssystem, und zwar ist nach ihm das Testament durch die inofficiosi querela zu rescindiren; obgleich es scheint, als ob er wegen Präterition des Haussohnes auch ipso jure die Nullität eintreten läßt, jedoch nur mit den Wirkungen, wie sie die Novelle bestimmt [34]). Auf ganz eigenthümliche Weise gestaltet sich das gemischte Derogationssystem bei Fr. Hotman: wenn der Notherbe nach Vorschrift der Novelle gehörig ausgeschlossen ist, so kann er die querela inoff. test. anstellen, welche, wenn er mit ihr obsiegt, die Wirkungen der alten Querel hat, d. h. auch die testamentarischen Nebenbestimmungen in der Regel aufhebt; ist aber die Form der Novelle nicht beobachtet, so tritt Nullität ipso jure, aber nur mit den in dem neuen Gesetze bestimmten Wirkungen ein [35]). Mit besonderem Nachdruck aber vertheidigt Cujacius wieder das Correctionssystem: „Et non poenitet me, in ea opinione permanere, in qua fui semper, et fuit Petrus, et Azo, et Alciatus, et Accursius etiam ipse —, ut existimem, eam Novellam — — — pertinere ad querelam inofficiosi testamenti tantum, quae exhe-

reddita exhaeredationis ratio, sed proponendam esse de inoff. querelam, ut rescindatur testamentum.“ — — Und ferner: „et *in eo correctum est jus antiquum*, quo exhaeredationis causae nullae requirebantur“ u. s. w. — Bluntschli (a. a. O. S. 300. Nr. 20.) schreibt jedoch dem Connanus das Derogationssystem zu, wofür ich keine Belege finde.

34) *Fr.* Duarenus in tit. *de inj. rupto et irr. f. test.* cap. II. (opp. ed. Frcf. p. 366.).

35) *Franc.* Hotmanus observat. et emendat. jur. civ. Lib. VII. c. 9.

redatis competit, vel praeteritis, qui pro exheredatis habentur, non ad querelam injusti testamenti, quae competit filiofamilias praeterito, non ad querelam rupti testamenti agnatione postumi, non ad bonorum possessionem contra tabulas, quae filio emancipato praeterito competit. Semper enim novellae constitutiones restrictius accipiendae sunt, nec jurisprudenti convenit, ex uno verbo praeteritionis, non per se posito, sed adjuncto exheredationi, ut in d. Nov. 115, tamquam ex uno fragmine fortuiti ligni statim arietem vel testudinem aedificare velle, qua oppugnetur vel expugnetur maxima pars Digestorum, non uno verbo — totum jus testamentorum civile et praetorium, multis vigiliis excogitatum et inventum, temere sublatum esse credere"[36]). Also das alte Recht besteht vollständig, und es ist die inoff. querela, wodurch der Notherbe das durch die Novelle ihm gegebene Recht verfolgt, nur hat der eingesetzte Erbe die Wahrheit einer in dem Testamente angeführten gesetzlichen Enterbungsursache darzuthun, und, vermag er dies nicht, oder ist in dem Testamente eine solche Ursache nicht angeführt, so fällt blos die Erbeseinsetzung weg. — Anders H. Donellus, welcher zwar die alten Rechtsmittel noch bestehen lassen will, also we-

36) Cujacius in Lib. V. responsor. *Papiniani* ad L. 17. D. *de inj. etc. test.* (opp. post. ed. Par. T. I. P. 2. p. 216). — Auf ähnliche Art, jedoch kürzer, erklärt er sich in seiner exposit. Nov. 18. (opp. prior. T. II. P. 2. p. 466). Die große Autorität von Cujacius bewirkte es, daß man seine Ansicht ohne nähere Prüfung als die richtigere anerkannte; s. z. B. *A.* Perez praelect. in Cod. Tit. de lib. praeter. Nr. 11.

gen Präterition eines suus heres Nullität ipso jure eintreten läßt, wegen Präterition eines prätorischen Nothserben die Möglichkeit der Rescission des Testaments durch contra tab. B. P. annimmt, in allen andern Fällen aber die Inoffiziositätsquerel für das geeignete Rechtsmittel erklärt, und — die Wirkung der Nullität wie der Rescission allemal auf Vernichtung der Erbeseinsetzung beschränkt[37].

Breit und unklar, wie wenn er in der Zeit der Scholastiker geschrieben hätte, eröffnet Hub. Giphanius[38]) seine Meinung über die nach der Novelle 115 fehlerhafte Ausschließung oder Präterition. Schon nach altem Recht sey nicht eigentliche und ipso jure wirkende Nullität durch Präterition eines Haussohnes begründet, sondern nur die Befugniß, das Testament anzufechten. Aehnlich verhalte es sich, wenn gegen die Novelle gefehlt sey. Es sey alsdann das Testament „vel actione praeteriti, vel actione inofficiosi" zu rescindiren, wobei denn — mit Ausnahme der in der Novelle selbst bestimmten Modificationen — die Eigenthümlichkeiten der alten Querel statt finden. Ueber das Verhältniß zu den alten Rechtsmitteln erklärt er sich gar nicht[39]).

37) *H.* Donellus ad auth. *non licet* et ex *causa* Cod. *de lib. praet.* (in comment. ad quosd. lib. Cod. Frcf. 1599. p. 433 sqq.), und in den comment. jur. civil. Lib. VI. c. 13. 14. Im wesentlichen stimmt mit ihm überein *Oswald* Hilliger Donell. enucleat. Lib. V. c. 13.

38) *Hub.* Giphanius explanat. difficilior. et celebrior. leg. Cod. P. II. p. 70 sqq., ad auth. *non licet* et auth. *ex causa* Cod. de lib. praeter.

39) Etwas anders ist die Ansicht des Giphanius dargestellt bei Bluntschli a. a. O. S. 302. (nr. 24).

Der Praktiker Andr. Gail trägt das Derogationssystem als die gemeine und auch in der Praxis recipirte Meinung vor, jedoch mit der Einschränkung: wenn der Notherbe irrthümlich ausgeschlossen sey, so gelte das alte Recht; auch bleiben die Vermächtnisse stehen, wenn agnatione postumi das Testament rumpirt werde[40]. Dagegen erklärt Andr. Fachinäus das gemischte Correctionssystem für die gemeine Meinung; er selbst aber vertheidigt das Derogationssystem und hält die Klage, wodurch das Recht der Novelle geltend gemacht wird, für eine Inofficiositätsquerel, auch wenn eine gesetzliche Enterbungsursache nicht angeführt ist, wenn aber ein postumus durch Irrthum übergangen sey, so bestehen die Vermächtnisse[41].

Auf eigenthümliche Art gestaltet sich das gemischte Correctionssystem bei A. Faber. Die inofficiosi querela findet er in zweien Fällen nöthig: a) wenn eine gesetzliche Enterbungsursache zwar angeführt ist, aber nicht bewiesen werden kann, b) wenn ein Notherbe auf weniger, als die Legitima beträgt, eingesetzt, von dem übrigen Theile der Verlassenschaft aber namentlich und bestimmt ausgeschlossen ist. Denn da er eingesetzt sey, so könne die Nullität des neuen Rechts hier nicht eintreten, und gegen den ausdrücklich erklärten Willen des Testirers könne er auch nicht ad supplendam legitimam klagen; folglich bleibe nur die Inofficiositätsquerel

40) *Andr.* Gail observat. pract. Lib. II. c. 13. Ueber die Natur der Klage erklärt er sich nicht bestimmt, scheint indessen dem Nullitätssystem den Vorzug zu geben.

41) *Andr.* Fachinaeus controv. jur. Lib. IV. c. 9. 14.

übrig [42]). An einer andern Stelle [43]) unterscheidet er eine querela Justinianea und die Querel des alten Rechts. Letztere finde statt, wenn der Notherbe beweisen wolle, se immerentem esse exheredatum, in welchem Falle alsdann die alten Wirkungen der inofficiosi querela vollständig eintreten. Die querela Justinianea aber beruhe nicht, wie jene Klage, auf einem color insaniae, sondern darauf, daß den Solennitäten nicht genügt worden sey; sie soll aber dennoch nicht eine reine Nullitätsklage seyn, sondern eine Rescissionsklage, welche das Testament quoad heredis institutionem aufhebt und wobei die besonderen Eigenthümlichkeiten der Inofficiositätsquerel wegfallen [44]).

Rainer Bachow [45]) erklärt sich ebenfalls für das

42) *A.* Faber error. Pragmat. Dec. XIV. err. VII. — Nach meiner Theorie wird in dem sub *b* von Faber unterstellten Falle bald die Ergänzungsklage angestellt werden müssen, bald die s. g. Nullitätsklage begründet seyn; jenes, wenn die Notherben zu denen gehören, in Beziehung auf welche die altförmlichen Grundsätze des Enterbungsrechts (a tota hereditate faciendam esse exheredationem u. s. w.) nicht gelten; wo dies dagegen der Fall ist, da kann man den Notherben weder für gehörig eingesetzt, noch für gehörig ausgeschlossen halten, folglich tritt Nullität ein (s. hierüber den vorigen §.).

43) Dec. XXXIX. Err. V.

44) Faber scheint übrigens auch in dem Falle die von ihm s. g. Justinianeische Querel zuzulassen, wenn der Form der Novelle genügt worden, allein der Kläger sich nicht mit der Beweislast befassen will.

45) Bachovius *ab* Echt ad pr. Inst. de inoff. test. nr. 3 sqq.

Correctionssystem [46]), und zwar läßt er Nullität eintreten, wenn der in der Novelle enthaltenen Vorschrift über Ausschließung oder Einsetzung der Notherben nicht genügt ist [47]). Als eifriger Vertheidiger des Inofficiositätssystems tritt dagegen wieder Arnold Vinnius auf, welcher sich im übrigen gleichfalls zu dem Correctionssystem bekennt [48]). Ueberhaupt aber finden sich unter

46) l. l. nr. 3. „Hoc primum igitur constituimus, ubi praeteriit liberos pater, testamentum ita nullum esse et manere, ut nec legata debeantur, quoniam de hoc casu Novella non loquitur, idque, sive praeterierit pater liberos jam natos, sive nascituros et postumos — — — —. *Sed tum demum juxta constitutionem Novellae annullata institutione, quae disposuit praeterea testator salva erunt, quando pater aut mater contra praescriptam ibi formam liberos exhaeredarunt aut praeterierunt.*“

47) Zwar sagt Bachow (a. a. O. nr. 6.): „Ex quo recte inferunt Dd., hodie in linea recta non esse opus querela, nisi unico casu, quo causa justa ex numero expressarum in Nov. 115 adjecta, sed in facto dubia est“ —. Allein er setzt hinzu: hier trete dennoch nicht die Querel, sondern eine bloße imploratio officii judicis ein, und wenn dieser den Ausspruch thue, daß die angeführte Ursache falsch sey, so werde nunmehr das Testament als gleich Anfangs null und nichtig angesehen („retro testamentum nullum potestate constitutionis fuisse intelligetur“).

48) Vinnius ad pr. J. de inoff. test. nr. 3 sqq. und in den sel. jur. quaest. Lib. II. c. 20. 21. — Er bemerkt dabei noch: „Sunt, qui interesse existimant, utrum praeteritio ignoranter a patre facta sit, an scienter: illo casu totum testamentum corruere, nisi adjecta sit clausula codicillaris, posteriore casu legata

den folgenden Schriftstellern wieder viele Anhänger des Correctionssystems, weshalb jetzt auch hauptsächlich nur Vertheidiger der Derogationstheorie, von jenen aber blos diejenigen genannt werden sollen, welche sich entweder durch eigenthümliche Ansichten auszeichnen, oder sich nicht schon bei Glück genannt finden [49]. Caspar Manzius vertheidigt das Derogationssystem [50] und ebenso Joh. Brunnemann [51], doch trägt dieser das gemischte System

et fideicommissa firma manere; quae sententia praejudiciis curiarum supremae jurisdictionis robur accepit" (ad inst. l. l. nr. 7. in f. et sel. jur. quaest. Lib. II. c. 20 in f.

49) Bei Glück findet sich eine recht reiche Literatur, besonders aus der neueren Zeit, in Ansehung der Frage, welche den Hauptgegenstand dieses §. bildet, Bd. VII. §. 551. S. 336 fg. S. 339 fgg. Vgl. §. 555. S. 396. Indessen ist weder von ihm, noch von Koch u. A. seiner Zeitgenossen das Hauptsystem hervorgehoben, zu dem sich die von ihnen angeführten Schriftsteller bekannten (vgl. oben Note 77. S. 299.); sie unterscheiden meistens nur das Inoffiziositäts-, das Nullitäts- und das Mittelsystem, — ein Beleg zu der obigen Behauptung, daß das Correctionssystem (damals in der Theorie) die meisten Anhänger fand. Uebrigens vgl. man mit der folgenden Darstellung noch Bluntschli a. a. O. S. 304—310. Auch sind ausser den im Texte erwähnten Schriftstellern einzelne Practiker, welche das Derogationssystem vertheidigen, weiter unten (Note 80) angeführt.

50) *Casp.* Manzius de testamento valido et invalido Tit. IX. Qu. VIII. nr. 6 sqq. — Auch nimmt Manzius an, daß die inoff. querela für Descendenten und Ascendenten nicht weiter statt finde, ist mithin Anhänger der Nullitätstheorie.

51) *Jo.* Brunnemann comment. ad auth. *ex causa* Cod. *de lib. praet.*

vor, und wenn ein Postumus irrthümlich präterirt ist, so sollen nach der von Bartolus u. A. angenommenen Meinung die Vermächtnisse überall nicht gefordert werden dürfen[52]. Ulr. Huber ist Anhänger des Corrections- und in demselben des Inofficiositätssystems[53], erklärt übrigens die Nullitätstheorie für die gemeinhin angenommene[54], die gemischte aber für die durch die

52) Daß dies die Meinung Brunnemanns sey, ergiebt sich aus dem Zusammenhange sehr bestimmt. Er drückt dies übrigens so aus: es trete alsdann die Analogie der L. 8. C. *de rev. don.* ein. Diese Stelle enthält freilich überall nichts hieher Gehöriges, sondern läßt blos den Widerruf einer vom Patron den Freigelassenen gemachten Schenkung aus dem Grunde zu, weil dem Schenker später noch Kinder geboren werden. Doch pflegten auch schon die früheren Juristen die in Ansehung des Postumus behauptete Ausnahme auf die Analogie der L. 8. C. *de rev. don.* zu stützen. M. s. *Andr.* TIRAQUELLUS ad h. leg. in verb. *Donatione largitus* nr. 263. (opp. ed. Francof. T. VI. p. 134 sq.).

53) *Ulr.* HUBER praelect. ad Inst. tit. *de liber. exher.* §. 2. 13. 14. und praelect. ad Pand. tit. de liber. et post. §. 5 — 9.

54) ad inst. §. 2. Indessen macht sein Scholiast Christian Thomasius hiezu die, gewiß nicht unrichtige Bemerkung: circa hanc quaestionem Dd. ita frequenter dissentire, ut communis opinio repugnet communi opinioni, (nova add. ad §. 2. Inst. *de lib. exher.* p. 183). — Thomasius vertheidigt übrigens das Nullitätssystem; über das sonstige Verhältniß der Novelle zu dem früheren Rechte aber erklärt er sich nicht bestimmt; wahrscheinlich bekannte er sich aber gleichfalls zum Correctionssystem.

Praxis seines Vaterlandes gebilligte[55]. Auch hält er die B. P. für heut zu Tage nicht mehr anwendbar; darum brauche denn auch der Emancipirte ein Testament, worin er präterirt sey, nicht durch contra tab. B. P. anzufechten, sondern man müsse ihm gleiche Rechte, wie dem suus heres, zugestehen[56].

Dem Derogationssystem sind zugethan Samuel Stryk[57], wahrscheinlich auch Corn. v. Bynkers-

55) Er bemerkt nämlich zuerst, in dem Geiste der Anhänger des Inoffiziositätssystems: wenn gegen die Vorschrift der Novelle gefehlt sey, so finde stets die (modifizirte) inofficiosi querela statt; mit dieser siege der Querulant allemal, wenn keine gesetzliche Enterbungsursache angeführt sey, indem der Testamentserbe alsdann nicht einmal zum Beweise gelassen werde, daß die Ausschließung aus einem gerechten Grunde geschehen sey, — habe dagegen der Testator eine solche Ursache hinzugefügt, so hänge der Erfolg der Querel davon ab, ob der Enterbungsgrund bewiesen werden könne, oder nicht. Auf diesen Fall (fährt er dann fort) wollten manche Rechtslehrer die Querel einschränken, und im ersten Falle Nullität ipso jure eintreten lassen, welche Ansicht auch von der Praxis gebilligt werde (prael. ad Pand. l. l. §. 8. in f.).

56) praelect. ad Pand. l. l. §. 9.

57) *Sam.* Stryk in usu mod. Pandectar. Lib. V. Tit. II. §. 7. 8. und in den cautelae testamentor. Cap. XIX. §. 47. Doch ist er sich nicht consequent geblieben, indem er glaubt, daß die prätorische successio contra testamentum daneben noch bestehe, welche er nicht blos für zuläßig, sondern in manchen Fällen sogar für nothwendig erklärt, Successio ab int. Diss. IX. cap. V. §. 10 sqq.; und in usu mod. Pand. Lib. XXXVII. Tit. 4. §. 2 sqq. (s. auch unten Note 15 fgg.). Hiernach ist die Darstellung bei Bluntschli (a. a. O. S. 304 fg. nr. 33) zu berichtigen.

hoes[58]), Joh. Friedrich Hertel[59]), Aug. v. Leyser, welcher übrigens das Testament vollständig vernichtet wissen will, wenn ein Postumus unwissend präterirt ist[60]), J. M. Schmidt[61]). Von den Vertheidigern des Correctionssystems mögen hier noch genannt seyn: Fried. Es. v. Pufendorf, wegen der Klarheit, womit er die Gründe für das Inofficiositätssystem vorträgt[62]); Fried. Wilh. Carl Sartorius, welcher

58) Das Nullitätssystem vertheidigt er ausser allem Zweifel (obs. Lib. II. c. 12.), nicht, wie Bluntschli (S. 305. nr. 37.) angiebt, das Inoffiziositätssystem.

59) Juristische Streitfragen von den letzten Willensordnungen und Erbschaften (auch unter dem Titel: politische Thee- und Caffee-Tassen Nr. XXVII. 6. S. 82 fg.)

60) Med. ad Pand. sp. 361. med. 18. Vgl. sp. 359. med. 7.

61) Die unter dem Namen von *Ad. ab* Eckhart erschienene Schmidtsche Dissertation: de querela inofficiosi inter parentes et liberos exule, die ich bei der früheren Erwähnung derselben (S. 254. Note 94.) nicht aus eigner Ansicht kannte (so sollte es wenigstens a. a. O. heissen), ist mir seitdem bekannt geworden. Sie findet sich auch in dem von Schneidt herausgegebenen thesaurus juris Franconici. Sect. I. (Dreizehntes Heft Wirzb. 1788. 8.) opusc. XXXVII. p. 2414 — 2479. Seine Ansicht findet sich hauptsächlich in den §§. 17 — 29 entwickelt. Auf das Verhältniß des neuen Rechts zu dem alten Civilrecht und der contra tab. B. P. läßt der Verfasser sich gar nicht ein. Doch ist es sehr leicht zu erkennen, daß er der Meinung ist, die Novelle 115 habe die früheren Impugnativmittel vollständig aufgehoben, da er deutlich erklärt: nach diesem Gesetz seyen die Wirkungen allemal die nämlichen, es möge der Notherbe ganz präterirt oder enterbt seyn.

62) Observat. jur. univ. T. IV. obs. 76. §. 7 fgg. — Uebri-

auch in dem Falle, wenn nur die Vorschrift der Novelle nicht beobachtet ist, dennoch für Descendenten eine elective Concurrenz des Rechtsmittels der Novelle und der contra tabulas B. P. annimmt, und zwar aus dem Grunde, weil ja auch schon in dem früheren Rechte die Descendenten, welche den letzten Willen wegen ihrer Präterition für nichtig erklären durften, statt dessen die c. t. B. P. hätten wählen können[63])! Joh. Christ. Woltaer,

gens erzählt Pufendorf in dem §. 17. einen Rechtsfall, welcher auch nach dem Nullitätssystem nicht anders entschieden werden konnte, wie ihn die Hannöversche Justizcanzlei entschied: eine Mutter war von ihrem Sohne im Testamente präterirt. Sie starb vor dem Testirer, nach dessen Tode ihre Erben ex causa nullitatis klagten, mit ihrer Klage aber abgewiesen wurden. So mußte die Entscheidung freilich auch nach unserer Theorie ausfallen, indem ja hiernach die Nullität nach der Novelle keine absolute ist, sondern sich nur wirksam erweist, sofern der verletzte Notherbe beim Tode des Testirers am Leben und erbfähig ist. S. oben S. 257 fgg. — Denselben Rechtsfall trägt auch Struben vor in seinen rechtlichen Bedenken Bd. I. Bed. 132. (oder in der Ausg. von Spangenberg Bd. II. Bed. 314).

63) *Fr. Gu. Car.* SARTORIUS de b. p. quam contra tab. par. liberi agnosc. Sect. II. §. 4. p. 91 sqq. Note c und p. 96 sqq. — Die Meinung von Sartorius, welche geradezu darauf hinausgeht, daß auch der nach der alten Form rite ausgeschlossene Notherbe statt der querela nullitatis juris novi die c. t. B. P. erhalten und dadurch die Bestimmung des neuern Rechts wegen der Legatenzahlung umgehen könne, — ist um so auffallender, als dieser Schriftsteller, wenn er gleich zwischen dem Nullitäts- und dem Inofficiositätssysteme schwankt, doch dem letzteren den Vorzug zu geben scheint (l. l.

dessen Ansicht im Wesentlichen darauf hinausgeht, daß zu unterscheiden sey: ob eine gesetzliche Enterbungsursache angeführt sey, oder nicht. Im ersten Falle werde die querela inoff. testamenti gegeben, allein mit den von Justinian bestimmten Wirkungen, welche darin bestehen, daß der siegende Querulant an die Stelle des eingesetzten Erben trete, und, gleichsam als wenn er selber eingesetzt sey, die Nebenbestimmungen des Testaments anerkennen und erfüllen müsse, so daß also eine successio testamentaria eintrete. Im letzteren Falle sey das Testament allen seinen Bestimmungen nach null und nichtig, und es kommt zur reinen Intestatsuccession [64]). Ludw. Jul. Friedr. Höpfner, welcher im Ganzen das gemischte Correctionssystem vorträgt, jedoch annimmt, a) daß, auch wenn die Nullitätsquerel eintritt, also, wenn keine

p. 90 sq. not. b.), folglich seinem Schlusse von der im alten Rechte dem filiusfamilias zugestandenen Wahl es an aller und jeder Begründung fehlt.

64) *Jo. Christ.* Woltaer observat. quae ad jus civile et Brandenburgicum pertinent Fasc. II. (Hal. 1779.) Obs. XXVII. In dem ersten Fasc. (Hal. 1778.) obs. XXVI. scheint er zu behaupten, daß der Querulant die Wahl habe, ob er die alte Querel anstellen und den ihm nach altem Recht obliegenden Beweis, se immerentem esse exheredatum, übernehmen, oder ob er den Testamentserben zum Beweise, daß die Enterbungsursache gegründet sey, auffordern wolle, so daß also in jenem Falle auch die Wirkung des alten Rechts eintrete, also die durchgesetzte Querel das ganze Testament zerstöre. Diese Ansicht trägt er zwar in der observ. XXVII. nicht wieder vor, doch beruft er sich in seinen element. jur. Rom. privati ad ordin. Instit. (Hal. 1779.) §. 269. not. 4. auf beide Observationen, worin er seine Meinung über

oder keine gesetzliche Enterbungsursache angeführt ist, das Testament doch blos in Rücksicht des Ausgeschlossenen null sey, b) durch ein solches, nur nach der Novelle 115. nichtiges Testament ein vorhergegangenes nicht rumpirt werde, und c) diese querela nullitatis ex jure novo nur 5 Jahre dauere, auch unvorbereitet nicht auf die Erben übergehe [65]. Ersteres ist auch nach unserer Theorie richtig, allein eben weil die Nullität keine absolut wirkende ist, muß einem solchen Testamente auch die vis rumpendi zugestanden werden [66], durch die über die Dauer dieser Klage und ihren Uebergang auf die Erben angenommene Meinung aber hebt Höpfner den Unterschied zwischen dem Inoffiziositäts- und dem Nullitätssystem so gut wie ganz auf [67]. Joh. Christ. Koch vertheidigt ebenfalls das Corrections- und zwar des Inoffiziositätssystem, doch erklärt er dieses nur für das theoretische, das Nullitätssystem für das practische; gebe man diesem den Vorzug, so müsse man unbedingte Nullität

das Verhältniß des älteren und des neueren Rechts dargelegt habe. Koch (B. P. §. 8. S. 150 fgg.) hat diese verworren dargestellte und durchaus unbegründete Ansicht einer scharfen Kritik unterworfen, die diesmal nicht ungerecht ist.

65) Commentar über die Heineccischen Institutionen §. 525. Note 2. — A. D. Weber erklärt sich am Schlusse dieser Note für das reine Derogationssystem. In seinen Vorlesungen (Erläut. der Pand. nach Hellfeld Bd. I. ad §. 551 — 554.) erklärt er sich bestimmt für das Nullitätssystem, schwankend aber über das sonstige Verhältniß der Novelle zu dem früheren Rechte.

66) S. oben S. 294. nr. 7 a. E.

67) Vgl. Koch B. P. S. 429 fgg.

eintreten lassen und dem Testament die Wirkung absprechen, ein früheres zu rumpiren[68]). Auch Glück schließt sich dieser Theorie an[69]), wogegen Wilh. Planck wieder das gemischte Correctionssystem, zum Theil aus neuen Gründen in Schutz nimmt[70]). Die compendiarischen Schriftsteller tragen mit wenigen Ausnahmen[71]) ebenfalls das Correctionssystem vor[72]), bald das gemischte[73]),

68) B. P. S. 134 — 142. Vgl. auch S. 143. S. 430 fgg. Note 3. S. 433. Note 4. S. 440. S. 521.

69) Bd. VII. des Commentars §. 551. S. 335 — 339. (nr. 1.) S. 347 — 355. und §. 555. S. 396 — 400.

70) *Guil.* Planck diss. de nexu et habitu inter diversas successionis necessariae species et differentiis ac convenientiis inter eas intercedentibus ex jure novissimo. Goett. 1806. 8. besonders §. 12 sqq.

71) Zu diesen gehört K. F. Fr. Bucher System der Pand. §. 451, F. Blume Grundriß des Pandektenrechts (Halle 1829.) Vorr. S. XXXVI. Er trägt das reine Derogations- und zwar das Nullitätssystem vor. Dasselbe geschieht auch in der dritten Aufl. meiner doctrina Pandectarum Vol. III. §. 776. (S. oben Note 82 S. 303); ferner von Joh. Friedr. Hunger das Röm. Erbrecht (Erl. 1834) §. 69.

72) Jedoch erklären sich Manche gar nicht hierüber; so z. B. Zimmern im Grundriß des gem. in Deutschland geltenden Erbrechts (Heidelberg 1823.) S. 35. Note 120, welcher nur die verschiedenen Systeme referirt, ferner *A.* Haimberger jus Rom. privatum idque purum T. III. §. 329.

73) Doch finde ich dies seit der zweiten Aufl. meiner doctrina Pandectarum nirgends mehr vorgetragen, wenn gleich Thibaut (System des Pandektenrechts §. 819.) und Mackeldey Lehrb. des heut. röm. Rechts §. 661 a. E. (10ten Aufl.) es mit Koch für das practische System

bald das Inoffiziositätssystem [74]), bald die Nullitätstheorie [75]). Nichtsdestoweniger scheint jetzt das reine Derogationssystem auch in der Theorie das Uebergewicht zu erhalten [76]), und zwar die Nullitätstheorie. Entschieden

halten, was wohl schwerlich zu erweisen seyn dürfte; s. unten Note 80 und vgl. Spangenberg in seiner Ausg. von Strube's rechtl. Bedenken Bd. II. S. 79. Note * a. E.

74) Hofacker princ. jur. civil. Rom. Germ. T. II. §. 1692 und §. 1701. Hugo Lehrb. des heut. röm. Rechts, siebente Ausg. S. 211 fg. Mackeldey Lehrbuch des heut. röm. Rechts §. 661 a. E. (der 10. Aufl.). Hufeland Lehrbuch des Civilrechts Bd. II. §. 1305—1308. Valett Notherbenrecht §. 36 — 38. und §. 58. v. Hartitzsch Einleitung in das Erbrecht §. 127 u. §. 132. Roßhirt Erbrecht u. s. w. S. 403 — 405.

75) Thibaut System des Pandektenrechts §. 819. Schweppe das röm. Privatrecht in seiner Anwendung auf teutsche Gerichte §. 968. 969. der 3. Aufl, womit wesentlich übereinstimmt der Bearbeiter der vierten Auflage Wilh. Meier, fünfter Band (Gött. 1833.) §. 973 — 975. Theod. Maxim. Zachariä Institutionen des röm. Rechts (Bresl. 1816) S. 1516 — 1520. v. Wening-Ingenheim Lehrb. des gem. Civilrechts Buch V. §. 158. (oder §. 499. d. n. A.).

76) Ausser den in der Note 71 genannten und den in den folgenden Noten zu nennenden Schriftstellern gehörte auch wohl *C. Fr. Chr.* Wenck (praefat. ad Hauboldi opusc. academ. Vol. I. p. XXII.) zu den Anhängern dieser Theorie, wenigstens nach den von ihm angeführten Gründen, aus welchen er direct freilich nur die Fortdauer der inofficiosi querela bestreitet. Auch Unterholzner (ausführliche Verjährungslehre Bd. II. §. 170. S. 63 fg.) nimmt im wesentlichen die Derogationstheorie

wird dies System vertheidigt von den Zuhörern Savigny's, Ed. Gans[77]), und J. C. Bluntschli[78]), sodann von Wilh. Francke[79]). In der Praxis hat

an, d. h. auch Er läugnet nicht, daß allemal, es mag ein Descendent ganz präterirt, oder ohne Anführung einer Ursache ausgeschlossen seyn, oder der angeführte Grund nicht als wahr befunden werden, — nur die Erbeinsetzung ungiltig werde, die Nebentheile aber bestehen bleiben. Doch behauptet er, daß das Rechtsmittel, wodurch der Notherbe dies zu bewirken suchen müsse, auch jetzt noch die inofficiosi querela sey, wenn nur der Vorschrift der Novelle nicht genügt worden ist. — Uebrigens ist er auch der Meinung, daß die Vorschrift der Novelle über die Nothwendigkeit einer Erbeinsetzung nur auf Descendenten, nicht auch auf Ascendenten gehe (ebendas. S. 62.). Die Widerlegung dieser Meinung ist bereits in demjenigen enthalten, was über die Nothwendigkeit der Erbeinsetzung nach Vorschrift der Nov. 115 oben (S. 189 fg.) gesagt wurde. Eine andere von der meinigen abweichende Ansicht Unterholzner's über die Enterbungsform ist ebenfalls schon an einer anderen Stelle dieses Bandes zur (S. 210 fg.) Sprache gekommen.

77) Scholien zum Gajus S. 294—296. Doch modifizirt er seine Meinung dahin, daß die contra tab. B. P. nicht eigentlich aufgehoben, sondern nur nicht mehr nöthig sey, S. 326. (Den Grund dieser Modification setzt er darin, daß die neueren Erbgesetze nur weitere Ausbildungen des Civilrechts, also der hereditas, seyen, mithin die B. P. dadurch nicht aufgehoben seyn könnten). Allgemeiner noch entscheidet er sich für das Derogationssystem in seinem Erbrecht in weltgeschichtlicher Entwickelung, zweiter Band S. 139—142.

78) Erbfolge gegen den letzten Willen §. 26. S. 245 fgg.

79) Notherbenrecht §. 29. 30. S. 366 fgg. Sein Recensent (in Schunck's Jahrbüchern der gesammten juristischen

das Derogationssystem wohl von jeher vorgeherrscht [80]),

juristischen Literatur Bd. XIX. S. 258—260.) erklärt sich dagegen wieder für das Correctionssystem. Vgl. auch unten Note 30.

80) Da das Verhältniß des Rechts der Novelle zu dem früheren Impugnativmittelsystem von jeher bestritten war, so läßt sich von selbst erwarten, daß die Praxis sich hier zunächst an das neueste Gesetz und an das einfachste Resultat gehalten habe. Dies wird auch bestätigt durch die überwiegende Anzahl practischer Schriftsteller, welche sich zu dem Derogationssystem bekennen, von denen hier nur folgende genannt seyn mögen: Ulr. Zasi (*Udalr.* Zasius ad L. 1. §. ult. u. ad L. 2. pr. D. *de V. et P. Subst.* nr. 20., in opp. T. II. p. 41.), Fr. Duaren (s. oben Note 34.), welcher ganz ausdrücklich bezeugt, daß diese Ansicht die in der Praxis vorherrschende sey; Andr. Gail (oben Note 40.), Joh. Brunnemann (Note 51), Paul Christinäus (s. unten Note 95.), er trägt das gemischte Derogationssystem und zwar als gemeine Meinung vor, vgl. Synt. jur. civil. exercit. X. Th. XV. u. XXII. Exercit. XXXII. Th. XXVI. u. XXXII.; kürzer und bestimmter spricht er seine Ansicht aus in der jurisprud. Rom. Germ. for. Lib. II. Tit. XVII. §. 7.); Stryk (Note 57), Joh. Balth. von Wernher (obs. for. P. IV. obs. 132., mit Berufung auf Präjudizien der Leipziger Schöppen und des Spruchcollegii in Wittenberg), Tob. Jac. Reinharth (select. observat. ad Pauli Christinaei decisiones Vol. I. obs. 71; enthält ein Urtheil des Spruchcollegii zu Göttingen, in Folge dessen ein Testament, dessen Verfügung als Präterition der Notherben anzusehen ist, für null und nichtig nach der Novelle 115 — d. h. also blos quoad heredis institutionem erklärt wird, ferner Vol. IV. obs. 2. — wo ausgeführt wird, daß die contra tab. B. P. seit der Novelle 115 nicht mehr nöthig sey, außer in den Fällen, für welche auch Stryk deren Nothwendigkeit anerkenne,

doch schwankte man theils zwischen dem Inofficiositäts-, dem Nullitäts- und dem gemischten System, theils wurde man hierbei gewöhnlich nicht durch sichere Grundsätze geleitet, weshalb wir denn nicht selten die wunderlichsten Vorstellungen und Anwendungen von den römischen Begriffen finden [81]). Immer aber offenbart sich darin das Bedürfniß eines einfacheren Notherbenrechts, als dasjenige, was sich aus den Pandekten und dem Constitutionen-Codex entwickeln läßt. Und gerade ein solches Bedürfniß war es, dem Justinian durch sein neues Gesetz abzuhelfen suchte. Durch die L. 4. C. *de lib. praet.* war allerdings schon ein großer Schritt zur Vereinfachung geschehen; allein Vieles blieb hier noch zu thun übrig, um das Notherbenrecht auch nur in eine wesentliche Uebereinstim-

obs. 3.); Aug. von Leyser (s. oben Note 60.). Eine bedeutende Unterstützung erhält dies Resultat auch dadurch, daß man in der Praxis auf die contra tab. B. P. das Recht der Novelle bezog, daß nur die Erbeinsetzung über den Haufen falle (s. oben S. 304. Nr. 1. und daselbst Nr. 2. Note 85.). Dagegen kann denn auch nicht in Betracht kommen, daß man in einzelnen Fällen nach anderen Grundsätzen entschied, zumal in einer Zeit, wo der Gebrauch von Lehrbüchern, deren Verfasser sich meistens für das Correctionssystem erklärte, allgemein war; aus gleichen Gründen kann es hier daher auch nichts entscheiden, wenn theoretische Schriftsteller irgend eine der Correctionstheorieen für die herrschende ausgeben. Mit wie wenig Genauigkeit man hierbei verfuhr, beweis't der Umstand, daß namentlich Koch (B. P. S. 144.) und Glück (Commentar. Bd. VII. S. 339.) Schriftsteller als Anhänger eines solchen Systems nennen, welche doch entschieden die Derogationstheorie vertheidigen, z. B. Brunemann, Strupe, Stryk u. A.

81) Vgl. hierbei wieder S. 304. Nr. 1.

nung mit den veränderten Grundsätzen über die Intestaterbfolge der Descendenten zu bringen. Daß der Kaiser dies schon durch die L. 4. C. *cit.* bezweckte, sagt er sehr bestimmt[82]; doch schränkte er seine Gleichstellung damals auf agnatische Descendenten ein, wie denn diese zu jener Zeit überhaupt immer noch einigen Vorzug in der Intestatsuccession vor den cognatischen Descendenten hatten[83]. Als aber durch die Nov. 18. c. 4. auch die noch gebliebene Verschiedenheit aufgehoben war[84], da erforderte die Consequenz eine wesentliche Gleichstellung sämmtlicher erbberechtigter Descendenten im Notherbenrechte, — wie ja auch andere, mit der Berechtigung zur Intestaterbfolge in Verbindung stehende Begriffe und Einrichtungen sich unter dem Einfluße des neuen Intestatsuccessionsrechts änderten[85].

Indessen die altcivilrechtliche Nullität, sowie die contra tabulas B. P. waren nicht allgemein anwendbar. Diese Begriffe waren zu tief gewurzelt in der Idee der väterlichen Gewalt, als daß man sie ohne Zerstörung aller Consequenz auf das Testament einer Mutter oder mütterlicher Ascendenten hätte beziehen dürfen[86]. Auch geschah dies nicht, sondern der Kaiser knüpfte seine neue Bestimmung an das Recht an, welches längst ein allgemeines für alle Notherben gewesen war, — an das Pflichttheilsrecht[87]. Immer war dies die vorherrschende

82) S. oben S. 93. S. 97 fgg.

83) S. oben S. 97 fgg. Note 56.

84) Glück Intestaterbfolge §. 109 a. E. S. 400. Roßhirt Einleit. in das Erbrecht u. s. w. S. 95.

85) So die gesetzliche Tutel, Nov. 118. c. 5.

86) Vgl. oben S. 52 fgg. (Nr. A.)

87) S. oben S. 119 fgg. S. 257 fg.

Seite des practischen Notherbenrechts gewesen, nicht nur, weil es auf alle gieng, welche ein Notherbenrecht hatten, sondern weil auch die pünctlichste Beobachtung dessen, wodurch die altcivilrechtliche Nullität und die c. t. B. P. ausgeschlossen werden konnte, ohne Berücksichtigung des Pflichttheilrechts nichts half. Mit dem Pflichttheile aber mußten sämmtliche Notherben sich begnügen, es war daher auch kein zureichender Grund vorhanden, verschiedene Folgen wegen verletzten Pflichttheilrechts eintreten zu lassen, wie ja denn auch das zum Schutze dieses Rechts längst bestandene Rechtsmittel (die inofficiosi querela) den dazu berufenen Personen gleiches Recht gewährte. Eine Reform des bisherigen Rechts mußte also ihr Augenmerk vorzüglich mit darauf richten, Ungleichheiten aufzuheben, welche jetzt ohne Zweck und Bedeutung da standen. Daß nun Justinian dies auch wirklich wollte, ist wenigstens in hohem Grade wahrscheinlich. Ehe indessen die näheren Gründe dafür entwickelt werden, mögen hier noch folgende Bemerkungen stehen:

1) Der Kaiser beschränkte seine Disposition nicht auf Descendenten. Denn war es einmal darauf abgesehen, das Pflichttheilrecht gegen willkührliche Ausschließung zu sichern, so konnten die Ascendenten nicht unberücksichtigt bleiben, welche, wenn sie einmal zur Intestatsuccession gerufen waren, ein eben so unbedingtes Recht auf den Pflichttheil und die Querel hatten, als die Descendenten. Von allen Verwandten sind Ascendenten und Descendenten einander die nächsten nach dem Gesetz der Natur, und ungerechte Ausschließung der ersteren im Testamente der letzteren zeugt von einem eben so hohen Grad liebloser Gesinnung, als wenn der umgekehrte Fall

eintritt, — ja, man kann sagen, Kinder verletzen da durch die natürlichen Pflichten in einem nach höheren Grade, da bei ihnen zu den Banden der nächsten Verwandtenliebe noch die der Dankbarkeit hinzutreten.

2) Daß der Gesetzgeber zu seiner Neuerung hauptsächlich durch die Idee bewogen wurde: nach dem bisherigen Rechte sey die Durchsetzung der Querel doch immer von manchen Zufälligkeiten abhängig, welche eine ungerechte Ausschließung des Notherben leicht möglich mache, unterliegt wohl keinem Zweifel (S. oben S. 119 fgg. S. 134 — 139). Doch ist darum die Klage, wodurch die Notherben ihr Recht aus der Novelle geltend machen, keine inofficiosi querela, vielmehr eine hereditatis petitio ex causa nullitatis, da, wie oben (S. 187 — 192) gezeigt ist, das Pflichttheilsrecht durch die Bestimmungen der Novelle in förmliches Notherbenrecht verwandelt wurde, mithin die Querel weder ihrer Grundlage noch ihrer rechtlichen Bedeutung nach mehr paßte (Vgl. S. 212 S. 243 — 256). Wenn sich nun gleich, wie ebenfalls bereits an einem anderen Orte (S. 192 — 238) nachgewiesen wurde, noch manche Verschiedenheiten in Ansehung der Einsetzungs- und Enterbungsform zwischen den älteren Notherben und denen erhalten haben, welchen erst durch die Novelle förmliches Notherbenrecht ertheilt ist, so kann dies doch nicht als ein Argument dafür benutzt werden, daß neben dem neuen Rechte auch noch die alte civilrechtliche Nullität und die contra tab. B. P. bestehen. Denn bisher gegoltene Formen aufzuheben konnte nicht in dem Zwecke des neuen Gesetzes liegen, zumal solcher Formen, deren Beobachtung mit so gar keinen Schwierigkeiten verknüpft, und deren Abschaffung nicht eben geeignet war, ein seinen wesentlichen Bestandtheilen

nach einfacheres Notherbenrecht zu begründen. Im alten wie im neuen Rom aber hatte man bei Aenderungen des bestehenden Rechts meistens immer nur den nächsten Zweck vor Augen; was diesem nicht gerade im Wege stand blieb ungeändert. Justinians Aenderungen greifen freilich nicht selten tiefer ein, als der nächste Zweck es erforderte und als geschehen seyn würde, wenn er oder seine Gehülfen den ganzen Zusammenhang des bisher bestehenden Rechts besser vor Augen gehabt hätten. Allein eben so häufig offenbart sich auch in seinen Neuerungen der Charakter weiser Mäßigung, welcher die frühere Fortbildungs-Methode auszeichnete; namentlich auch im Erbrechte, wo wir Begriffe und Grundsätze, wie z. B. die secundum tabulas B. P. und die Suität mit ihren besonderen Rechtswirkungen erhalten finden, welche allenfalls aufgehoben werden konnten, wenn es nur darauf angekommen wäre, aus allgemeinen Prinzipien ein dem unmittelbar practischen Bedürfnissen entsprechendes Rechtssystem zu entwickeln. — So ließ der Kaiser auch hier (und zwar mit gutem Vorbedacht, wie man aus der Fassung des Gesetzes schließen darf) die früheren Formen der Einsetzung und Enterbung unangetastet, da ihre Entstehung mit Begriffen zusammen hieng, welche immer noch nicht vernichtet waren, obgleich sie unter dem Einfluß des neuen Erbfolgesystems schwerlich aufgekommen seyn würden. Aber die Beibehaltung der besonderen Folgen und Wirkungen, welche sich für das Notherbenrecht hieran knüpften, hatte gewiß sehr Vieles gegen sich. So war das Recht der contra tabulas B. P., welches das ganze förmliche Notherbenrecht beherrschte, unter dem Einflusse der Doctrin zu schwierig und verwickelt für die Anwendung in einem Zeitalter geworden, wo man das über-

lieferte Material nicht im Sinne seiner Urheber aufzufassen und zu benutzen verstand. Auch mußte es bei der in der spätern Zeit immer mehr vorherrschenden Ansicht, das Recht und seine Bedeutung von der materiellen Seite aufzufassen, als eine Inconsequenz erscheinen, eines Theils, daß unter denen, welche doch sämmtlich nur ein Recht auf den Pflichttheil hatten, dennoch so wesentliche Verschiedenheiten bestanden, andern Theils, daß ein gänzliches Uebergehen des Notherben, selbst wenn die Ausschließung unverdient war, dennoch in sehr vielen Fällen nur zur contra tab. B. P. berechtigte, womit von selbst die Verpflichtung zur Auszahlung gewisser Vermächtnisse verbunden war, die querela inofficiosi test. dagegen, worauf die bloßen Pflichttheilsberechtigten schon wegen einer unverdienten Uebergehung einen Anspruch hatten, die eigentlichen Notherben aber nur, wenn sie ohne Rechtsgrund enterbt waren, dem Querulanten seinen vollen Intestaterbtheil gewährte.

Hätte nun Justinian nur die Einsetzung oder gehörige Ausschließung der pflichttheilsberechtigten Notherben vorgeschrieben, so würde es demungeachtet immer sehr bedenklich seyn, das Gesetz auf das ganze bisherige Notherbenrecht zu beziehen. Alsdann müßten vielmehr die für Auslegung blos correctorischer Gesetze geltenden Grundsätze auch hier zur Anwendung kommen, und die Neuerung wäre auf folgende Puncte zu beschränken: a) pflichttheilsberechtigte Descendenten und Ascendenten haben förmliches Notherbenrecht erhalten, die Nichtbeobachtung der gesetzlichen Vorschriften erzeugt also Nullität; b) die Enterbungsgründe sind jetzt fest bestimmt und das Daseyn derselben muß der Testamentserbe beweisen. In Ansehung der materiellen Rechtswirkungen dagegen würde

nach wie vor das Recht der Querel gelten, folglich nur die formale Grundlage dieses Rechtsmittels nebst den daraus herzuleitenden Eigenthümlichkeiten aufgehoben, — mit anderen Worten, es würde die inofficiosi querela blos in eine hereditatis petitio ex causa nullitatis, verbunden mit einer Beweispflichtigkeit des eingesetzten Erben, verwandelt seyn. Allein der Gesetzgeber bestimmte auch die wesentlichen Wirkungen der Vernachlässigung seiner Vorschriften auf eine Art, welche weder mit der civilrechtlichen Nullität, noch mit der c. t. B. P., noch mit den Wirkungen der inofficiosi querela übereinstimmt. Will man daher das bloße Correctionssystem consequent anwenden, so sieht man sich genöthigt, eine vierfach verschiedene Wirkung anzuerkennen, wenn Notherbenrechte verletzt sind. (S. oben S. 303 Nr. C.). Aber auch hierbei muß man entweder auf volle Consequenz verzichten, oder man muß behaupten, daß eine gänzliche Uebergehung des Notherben dem Testamente weniger nachtheilig sey, als die unterlassene Beobachtung aller Förmlichkeiten, welche die Novelle vorschreibt, indem dort die gesetzliche Nullität eintrete, welche nur die Erbeseinsetzung vernichtet, hier die inofficiosi querela möglich sey, wodurch die reine Intestaterbfolge herbeigeführt werde. Allein dieß kann unmöglich Justinians Absicht gewesen seyn, und die meisten Vertheidiger dieses Systems (des gemischten Corrections-Systems) nehmen daher auch an, daß die inofficiosi querela nach der Novelle nicht mehr Wirkungen habe, als die s. g. querela nullitatis juris novi (S. oben S. 303 a. E.). Dann aber hat man durch die scheinbar consequente Anwendung des Grundsatzes: correctorische Gesetze seyen strict zu interpretiren, nichts gewonnen, als ein verwickeltes und in sich wenig zusammenhängendes

System, dem man überdies durch einen Schluß aus der wahrscheinlichen Absicht des Gesetzgebers zu Hilfe kommen mußte, damit es nicht geradezu widersinnig erscheine! Sind hier nun überhaupt dergleichen Schlußfolgerungen erlaubt, warum will man sie nicht anwenden, um ein einfaches, wesentliche Gleichheit der Rechte aller Notherben voraussetzendes und den practischen Bedürfnissen vollkommen entsprechendes System darauf zu bauen?

Indessen bedarf es solcher Schlüsse überall nicht, um das Derogationssystem zu rechtfertigen; das Gesagte hatte nur den Zweck, zu zeigen, auf wie unsicherer Grundlage die Correctionstheorie beruhe, und wie wenig Ursache man habe, hier von strenger Consequenz zu sprechen. Die richtige Ansicht läßt sich geradezu aus dem Gesetz selbst entwickeln. — Es ist wahr, das Gesetz stellt seine Bestimmungen auf, ohne der altcivilrechtlichen Nullität, der c. t. B. P. und der inofficiosi querela ausdrücklich zu gedenken. Ferner ist es eine unbestrittene Rechtsregel, daß ein neues Gesetz das ältere, denselben Gegenstand betreffende, nur in soweit ändert, als dies in der Fassung und dem Ausdruck desselben liegt (s. oben S. 206 u. 211). Allein dies heißt ja nicht: das alte Recht ist nie abgeändert, wenn nicht in dem neuen ausdrücklich erklärt wird, daß und wieweit es aufgehoben seyn solle; denn sonst würden ja alle neue Rechtsbestimmungen, worin das Verhältniß zum alten Recht gar nicht erwähnt ist, überall nicht zur Anwendung kommen können. Jener Satz hat vielmehr nur die Bedeutung: Wenn das ältere Recht nicht ausdrücklich aufgehoben ist, so ist ein neues Gesetz über denselben Gegenstand nur auf diejenigen Puncte zu beziehen, welche durch dessen Vorschrift deutlich und ausdrücklich normirt sind;

bloße Schlußfolgerungen aus Absicht und Zweck der neuen Disposition sind hier unzulässig, sondern ihr Inhalt muß zunächst aus dem Ausdruck entwickelt werden. Dies hindert ja aber keineswegs, einen allgemeinen Ausdruck auch allgemein zu verstehen; ja es muß dies stets geschehen, wenn nicht aus besonderen Gründen Einschränkungen nachgewiesen werden können[88], und das dadurch gewonnene Resultat ist um so unzweifelhafter, wenn es mit der Interpretation nach Zweck und Absicht übereinstimmt.

Machen wir hiervon zuvörderst auf die bereits erörterte Frage eine Anwendung: ob für civilrechtliche und prätorische Notherben die alten Einsetzungs- und Enterbungsformen (abgesehen von der nicht mehr erforderlichen Anwendung gewisser Formeln) auch nach der Nov. 115 noch gelten? so ergiebt sich sehr bald, daß diese ganz anders beantwortet werden muß, als die jetzt zu erörternde. Denn nicht nur enthalten die Worte gar nichts, was sich auf die Aufhebung jener Formen beziehen ließe, sondern die geflissentliche Entgegenstellung der Ausdrücke exheredare und praeterire enthält eine zwar nur versteckt ausgedrückte, jedoch kaum zu verkennende Sanctionirung der früheren, formellen Verschiedenheit dieser Begriffe (s. oben S. 212). — Wie ganz anders verhält es sich hier! Der Zweck aller und jeder bisherigen Bestimmungen über das Notherbenrecht war doch gewiß kein anderer, als: die nächsten Verwandten gegen Willkühr der Erblasser sicher zu stellen. Eben diesen nämlichen Zweck nun hat Justinian, seiner ausdrücklichen Bestimmung zufolge, hier vor Augen, und auch dabei ist es gewiß kein bloßer Zufall, daß die obigen Ausdrücke,

88) L. 147. D. *de reg. jur.* „Specialia generalibus insunt." — Vgl. meine doctr. Pand. Vol. I. §. 60. not. 7.

und zwar gerade in Beziehung auf Descendenten neben einander gebraucht werden. Es wird dadurch sehr bestimmt auf das bisherige Recht hingewiesen. Nach diesem hatten manche Descendenten immer noch kein förmliches Notherbenrecht. Jetzt (will der Kaiser sagen) soll das bloße Präteriren und das bloße Exherediren überall nicht mehr statt finden, d. h. es soll nie mehr angenommen werden, daß ein Testament zwar de jure giltig sey und die Notherben zu der inofficiosi querela ihre Zuflucht nehmen müßten, sondern es ist allemal ein von dem Testamentserben zu erweisender gesetzlicher Ausschließungsgrund anzuführen. Ist dies nicht geschehen (si haec non fuerint observata), so soll dadurch den Ausgeschlossenen kein Nachtheil erwachsen, und das Testament, soweit sich seine Anordnungen auf Erbeinsetzung beziehen, nicht gelten. Unläugbar umfaßt hier der gesetzliche Ausdruck eben sowohl die Fälle, wo schon nach dem alten Recht das förmliche Notherbenrecht verletzt war, als diejenigen, in welchen nur gegen die neue Vorschrift gefehlt ist. Denn wird z. B. ein Haussohn ganz mit Stillschweigen übergangen, so ist ja ebenfalls das nicht geschehen, was das Gesetz will; es können daher auch nur die Folgen eintreten, welche der Gesetzgeber mit der Uebertretung seiner Vorschriften verknüpft. Möglich wäre es allerdings, daß Justinian dies anders verstanden wissen wollte, — daß er nicht beabsichtigte, die alte Nullität und das Recht der contra tab. B. P. für die Fälle abzuschaffen, wo die dafür statt findenden Voraussetzungen nach dem bisherigen Rechte vorhanden waren. Allein diese bloße Möglichkeit kann gegen den Grundsatz: daß ein allgemein redendes Gesetz auch allgemein zu verstehen sey, nichts entscheiden, zumal wenn die darauf

fassende Auslegung noch durch Schlußfolgerungen aus der wahrscheinlichen Absicht des Gesetzgebers unterstützt wird. Daß dies aber der Fall sey, wurde oben gezeigt, und wenn gleich auf diese Weise das neue Gesetz manche Beschränkungen früherer Rechte ertheilt, so gewährte und sicherte es doch den Notherben ihr Pflichttheilsrecht jedenfalls vollständig [89]); und mehr konnte doch eigentlich keiner derselben fordern. Es kommt aber noch hinzu, daß der Gesetzgeber beim vierten Capitel ausdrücklich die derogatorische Clausel hinzufügt, d. h. erklärt: frühere Rechtsbestimmungen, wonach wegen verletzten Notherbenrechts ausser der Erbeseinsetzung auch die Vermächtnisse u. s. w. wegfielen, sollten durch das neue Gesetz schlechthin aufgehoben seyn [90]). Zwar findet sich diese Clausel nur am Schlusse der Vorschriften über gehörige Ausschließung der Ascendenten. Allein, wenn man jedenfalls zugeben muß, daß dadurch doch die inoff. querela und deren frühere Wirkungen für Ascendenten aufgehoben worden, so wird man es auch sehr unwahrscheinlich finden dürfen, daß der Gesetzgeber diesen Zusatz nur auf Ascendenten eingeschränkt haben wollte; viel näher liegt es, daß hier, wie noch in anderen Fällen, am Ende einer speziellen Vorschrift noch eine allgemeine, die vorausgehenden besonderen Bestimmungen insgesammt umfassende Regel angehängt wurde. Sehr unterstützt, ja außer Zweifel gesetzt, wird dies durch den auf jene Clausel folgenden Satz, welcher ganz entschieden auf den Inhalt beider Capitel (3 und 4) sich bezieht: „Et hae quidem exheredationis aut praeteritionis poenae, quantum ad ingrati-

89) S. oben S. 284. Nr. II. 1. und die dazu gehörige Note 47.

90) Nov. 115. c. 4. in f.

tudinis causas contra praedictas personas statuendae sunt; si quae autem ex his inter crimina reputantur, eorum auctores etiam alias poenas sentiant legibus definitas." Und neben diesen Gründen, welche allein schon vollkommen hinreichen, um dem Derogationssystem den Vorzug vor dem Correctionssystem zu sichern, mag denn auch noch die oben (S. 309) bereits erwähnte Ansicht der Mittelgriechen als ein, wenigstens indirectes, Zeugniß für die Wahrheit des Derogationssystems angeführt werden[91].

Aber auch unter den Vertheidigern dieses Systems herrscht noch über einzelne Punkte Streit. So wird

1) gefragt: ob die Bestimmungen der Novelle Anwendung finden, wenn der Testirer den Notherben irrthümlich präterirte, weil er ihn z. B. für verstorben hielt? — Wäre diese Frage lediglich nach allgemeinen Rechtsgrundsätzen zu bestimmen, so würde man auf folgende Art argumentiren dürfen: „Die Novelle will nur willkührliche und ungerechte Ausschließung der Notherben verhüten; ihre Vorschrift leidet daher auf solche Fälle keine Anwendung, wo ein Testament aus anderen Gründen nicht bestehen kann, hier gilt vielmehr nach wie vor das frühere Recht. Da nun ein Irrthum über die Existenz des Notherben wohl als ein wesentlicher in Anse-

91) Von den älteren Vertheidigern des Derogationssystems ist hier vor Allen Fr. Duarenus zu nennen, welcher mit Recht ein großes Gewicht auf die Allgemeinheit der neuen Rechtsbestimmung legt (opp. p. 366.), wie denn ja auch die Gegner sich hauptsächlich darauf berufen, daß correctorische Gesetze strict zu interpretiren seyen. Vgl. die Rec. von Francke's Notherbenrecht in Schunck's Jahrbüchern u. s. w. S. 259 fg.)

hung des Motivs der testamentarischen Verfügung betrachtet werden kann, so würde man hiernach das Testament seinem ganzen Inhalte nach als null und nichtig betrachten dürfen [92]). Indessen soll nach einigen Entscheidungen römischer Kaiser in einem solchen Falle der irrthümlich ausgeschlossene Notherbe an die Stelle des eingesetzten Erben treten, mit der Verpflichtung, die testamentarischen Nebenbestimmungen anzuerkennen und zu erfüllen [93]). Die davon an einer anderen Stelle [94]) gegebene Erklärung ist im Wesentlichen folgende: jene Entscheidungen auf ein festes Rechtsprinzip zurückzuführen, ist nicht möglich; denn **entweder** lag dabei Leichtsinn und Uebereilung zu Grunde, — dann wäre das Testament als ein liebloses mit der inofficiosi querela anzufechten gewesen, es hätten also auch die Nebenbestimmungen nicht giltig bleiben können; — **oder** der Irrthum war zu entschuldigen, — dann ließ sich annehmen, der Testirer würde nicht so verfügt haben, wäre ihm die Existenz seines Notherben bekannt gewesen, mithin müßte auch in diesem Falle das Testament seinem ganzen Inhalte nach wegfallen. Die Kaiser aber entschieden hier durch einen Billigkeitsspruch, daß nur die Erbeinsetzung vernichtet werden solle, weil es ja doch nicht unwahrscheinlich war, daß die Vermächtnißnehmer neben jedem Erben bedacht seyn würden. Dieser Ausspruch ist zwar durch seine Aufnahme in die Compilation allgemeiner Rechtssatz geworden, da indessen die Entscheidung nur solche Personen betrifft, deren Präterition das Testament nicht

92) S. Bd. XXXV. des Comment. §. 1421. e. u. das. Note 82.

93) L. 28. D. *de inoff. test.* L. 92. D. *de heredib. instit.*

94) Bd. XXXV. des Comment. §. 1421. e. S. 380—387.

ipso jure null und nichtig macht, so muß man sie — nach der Regel: daß correctorische Gesetze strict zu interpretiren sind — auch darauf einschränken; mithin würde nach dem bis auf die Novelle 115 geltenden Rechte ein Testament, in welchem ein filius familias irrthümlich präterirt worden, ipso jure und allen seinen Bestimmungen nach wegfallen müssen. — Fragen wir nun, welchen Einfluß hierauf das neue Gesetz habe? so ist eine zweifache Ansicht möglich. Erstlich, daß man sagt: da die Pandektenstellen nur von den Fällen zu verstehen sind, wo den irrthümlich präterirten Notherben eine hereditatis petitio ex causa nullitatis überall nicht zusteht, so passen sie für das durch die Novelle begründete Notherbenrecht nicht mehr, nach diesem neuen Gesetz kann aber der Fall einer durch Irrthum veranlaßten Uebergehung eben so wenig entschieden werden, da es nur von liebloser Ausschließung spricht; — folglich treten jetzt dafür die allgemeinen Grundsätze ein, d. h. das Testament ist allen seinen Bestimmungen nach ungiltig. — Man kann aber auch zweitens die Sache so ansehen: da die Entscheidung der früheren Kaiser als allgemeiner Rechtssatz gelten muß, sofern nicht das förmliche Notherbenrecht entgegensteht, d. h. wegen Verletzung desselben andere Folgen eintreten, dies nun aber nach der Novelle nicht der Fall ist, so habe jetzt jene, ohnehin mit der Bestimmung der Novelle der Wirkung nach zusammenhängende, Entscheidung ganz allgemeine Bedeutung und Giltigkeit. Diese letztere Ansicht dürfte wohl den Vorzug verdienen; denn wenn selbst das Zusammentreffen einer Verletzung des förmlichen Notherbenrechts und liebloser Gesinnung nur Ungiltigkeit der Erbeseinsetzung bewirken sollte, so läßt sich wohl annehmen, daß der Kaiser nicht beabsichtigte,

das Verfügungsrecht eines Testirers, welcher durch Irrthum zur Uebergehung des Notherben veranlaßt wurde, in einem höheren Grade zu beschränken, zumal es dafür sogar schon bestimmte gesetzliche Auctoritäten gab[95].

2) Eine zweite Frage betrifft das Notherbenrecht des Postumus. Manche sind der Meinung, daß für diesen das alte Recht unverändert bestehe[96]; allein consequenter

95) Die meisten Juristen, welche das Verhältniß der Nov. 115 zu dem früheren Notherbenrechte untersuchen, lassen sich auf die obige Frage ein, und pflegen dieselbe so zu beantworten: es gelte alsdenn das alte Recht, das heiße, auch die Vermächtnisse fallen weg. Wie wenig genau dies ausgedrückt ist, ergiebt sich aus der im Text enthaltenen Darstellung. Von den Anhängern dieser Meinung mögen hier genannt seyn: Baldus (ad auth. *ex causa* Cod. de lib. praet. Nr. 15. u. 18.), *A.* Gail (obs. Lib. II. c. 13.), *Pauli* Christinaei (decision. Lib. IV. tit. 9. — „Testamento ob praeteritionem vel exheredationem nullo legata vel fideicommissa debere, *et propter praeteritionem paternam scienter factam; ob ignorantiam cessare.*") — Die entgegengesetzte Meinung trägt vor *Casp.* Manzius de test. valido vel invalido Tit. IX. Qu. VIII. nr. 49 sqq. Ueber das frühere Recht aber findet sich die richtige Ansicht auch bei *Osw.* Hilliger Don. enucl. Lib. VI. cap. XIII. p. 379. nr. G.

96) z. B. *A.* Fachinaeus controv. jur. Lib. IV. c. 14. Manzius l. l. Tit. X. Qu. IX. nr. 2. (Er scheint nach der Theorie die entgegenstehende Ansicht für die richtige zu halten, beruft sich aber darauf, daß die Nichtanwendbarkeit des Rechts der Novelle auf Postumen die gemeine Meinung für sich habe, was bis auf die neuesten Zeiten in der That auch der Fall war.) *Sam.* Stryk de succ. ab int. Diss. IX. cap. V. §. 11.; *Luc.* v. *de* Poll de

ist offenbar die Meinung, daß auch hierauf die Vorschrift der Novelle zu beziehen sey. Das Gesetz spricht ganz allgemein: man soll seine Descendenten entweder einsetzen, oder adjecta causa ausschließen; geschieht dies nicht, so kann die Erbeseinsetzung nicht bestehen. Was man nun gegen die Anwendung dieser Vorschrift auf die Postumen einwenden kann, beschränkt sich lediglich darauf, daß keiner der gesetzlichen Enterbungsgründe einen Postumus treffen könne, folglich eine Enterbung desselben nach diesem Gesetze unmöglich sey, falls sie nicht bona mente geschehe. Allein daraus kann doch schwerlich folgen, daß der übergangene oder enterbte Postumus mehr Recht haben solle, als der Notherbe, dessen Recht bereits zur Zeit der Testamentserrichtung begründet war; denn sonst müßte man auch annehmen, daß die Novelle 115 auf Unmündige, wenigstens auf Kinder unter 7 Jahren, ebenfalls nicht gehen könne, da ja auch diesen nichts zur Last gelegt werden kann, was nach dem Gesetze die Ausschließung rechtfertigen soll [97]. Wenn also früher die Uebergehung eines Postumus das väterliche Testament rumpirte, gegen

exher. et praeter. cap. XXII. §. 7. Glück's Erläuter. der Pand. Bd. VII. §. 554. S. 372. und die das. in Note 46 angef. Schriftsteller. Auch pflegt in den Lehrbüchern die Lehre vom testamentum ruptum agnatione postumi ganz nach dem älteren Rechte, ohne alle Berücksichtigung der Novelle 115 dargestellt zu werden. — Uebrigens können in Beziehung auf die hier zu behandelnde Frage auch die Juristen, welche das Correctionssystem vortragen, als Gegner oder als Beistimmende betrachtet werden, indem es nur darauf ankommt, ob sie überhaupt der Novelle 115 einen Einfluß auf das Recht der Postumen zugestehen.

97) Dies ist denn auch schon behauptet. S. Manzius l. l. nr. 3.

das der Mutter aber die inofficiosi querela begründete, so beweis't dies nur, daß die Postumen gleiches Recht mit anderen Notherben hatten; ein mehreres können sie daher auch nach dem neuesten Rechte, welches ja verschiedene Wirkungen der Präterition und der Exheredation überall nicht kennt, keineswegs in Anspruch nehmen [98]). Es ist aber überdies auch nicht einmal wahr, daß bei Postumen eine Enterbung zur Strafe ungedenkbar sey [98a]), da erstlich der Testirer solche Postumen, welche es durch Einrücken in die Stelle eines Näherberechtigten werden, z. B. bereits lebende Enkel von einem Sohne, auf diese Weise allerdings ausschliessen kann, zweitens aber die Enterbung ja auch unter einer Bedingung geschehen darf [99]). Gilt daher folgende Verfügung in Beziehung auf ein schon lebendes Kind: „ich setze meinen Sohn zum Erben unter der Bedingung ein, daß er nicht zur jüdischen Religion übertritt; auf den entgegengesetzten Fall will ich ihn hiermit enterbt haben," so läßt sich auch gegen den Rechtsbestand einer solchen Verfügung nichts einwenden, wenn sie sich auf einen eigentlichen Postumus bezieht.

98) Vgl. Schol. Basilicor. ad. Lib. XL. Tit. III. Schol. a. (Tom. V. p. 311.) Bluntschli a. a. O. S. 251. (Nr. III.) Meine doctr. Pand. Vol. III. §. 779. Not. 4. (ed. 3.).

98a) Dies pflegen auch die Vertheidiger der richtigen Meinung anzunehmen; z. B. Bluntschli an dem so eben angeführten Orte. — Vgl. auch Valett Notherbenrecht §. 34, welcher den Satz aufstellt: „daß nach der Novelle ein postumus, ein infans und ein impubes gar nicht mehr enterbt werden können."

99) S. oben S. 232 fgg. Note 42. — Von einem solchen Falle darf daher der oben (S. 184. nr. I. a.) vorgetragene Satz natürlich nicht verstanden werden, sondern von einer exheredatio ob causam praeteritam.

Ist ein Postumus durch Irrthum übergangen, so erfordert es die Consequenz, hier die nämlichen Folgen eintreten zu lassen, wie wenn ein lebender Notherbe irrthümlich ausgeschlossen ist; man muß daher die früheren Bestimmungen hierüber, soweit sie mit dem Rechte der Novelle 115 nicht übereinstimmen, für aufgehoben halten [100]). Ob und in wie weit dies auch für die Testamente der Soldaten gelte? hängt von der Beantwortung einer anderen, bereits an einem früheren Orte erörterten Frage ab [1]). — Bekanntlich soll nach Pandekten- und Codexstellen auch das Testament eines Soldaten ganz über den Haufen fallen, wenn ein Postumus erscheint, den der Testirer nicht berücksichtigte, weil er ihn nicht erwartete, oder ein lebender Sohn übergangen wurde, den der Vater für gestorben hielte, und zwar werden diese Entscheidungen auf den präsumtiven Willen des Testirers gestützt [2]). Hält man nun das Vorrecht der Soldaten, ihre Notherben willkührlich zu übergehen, noch für geltend, so werden die früheren Rechtsbestimmungen über irrthümliche Präterition von den Vorschriften der Novelle überall nicht berührt, sie kommen also ihrem ganzen Inhalte nach zur Anwendung; im entgegengesetzten Falle aber können die Notherben eines Soldaten ihr Recht nicht in größerer Ausdehnung geltend machen, wie die eines anderen Erblassers. — An dem oben (Note 1) gedachten Orte nun wurde gezeigt, daß das Privilegium für Soldaten, welche im Felde liegen (in

100) Vgl. hiezu Bd. XXXV. des Commentars S. 387—390.

1) Bd. XXXV. S. 216—219.

2) L. 33. §. 2. L. 36. §. 2. D. *de test. milit.* (XXIX 1.) L. 9. L. 10. C. *eod.* (VI. 21.) — Vgl. Bd. XXXVI. d. Comm. S. 152.

expeditione occupati), noch bestehe, sonst aber aufgehoben sey; daraus folgt denn, daß die irrthümlich übergangenen Notherben eines Soldaten auch nur in dem Falle, wenn ihr Erblasser im Felde testirte, das ganze Testament für ungiltig erklären dürfen. — Recht befriedigend ist dies Resultat freilich nicht; indessen fehlt es jeder anderen Entscheidung an einem juristisch haltbaren Prinzip [3]).

3) Am meisten scheint dafür zu sprechen, daß die dem emanzipirenden Vater (parens manumissor) zustehende contra tabulas B. P. wenigstens durch die Novelle 115 nicht aufgehoben sey [4]). Es hat dies Successionsrecht nämlich ein eigenthümliches Fundament, indem es, gleich dem patronatischen Erbrechte, als eine Abfindung dafür angesehen werden konnte, daß der Vater nunmehr auf den Erwerb durch das Kind verzichtete [5]), weshalb es denn auch wirksam durch Vertrag aufgegeben wurde [6]). Zwar verlor dies Recht theils durch den Vor-

3) Uebrigens beschränken sich die Rechtsgelehrten hier auf die Frage: ob das Privilegium der Soldaten jetzt überhaupt wegfalle? ohne sich darauf einzulassen, was in Ansehung einer irrthümlichen Präterition Rechtens sey, wenn man jenes Vorrecht für aufgehoben erklärt.

4) Dies wird denn auch vielfältig behauptet, z. B. von Accursius Gl. ad auth. *ex causa* C. de lib. praet. in f. Baldus ad auth. *ex causa* C. *de lib. praet.* nr. 23. *Barth. de* Saliceto ad eand. auth. nr. 8. *Fr.* Connanus comment. jur. civil. Lib. IX. c. IX. nr. 4. u. A. Das Gegentheil hat übrigens neuerdings auszuführen versucht: *M. S.* Mayer diss. de hereditate parantis manumissoris. Tub. 1832. 8.

5) S. Bd. XXXV. des Comment. §. 1421. a. S. 206 fg. (Note 65.) S. 219 fgg. (Nr. 2.) §. 1421. b. S. 266 fg.

6) L. 1. §. 3. D. *si quis a parente manumiss.* (XXXVII. 12.) — S. Bd. XXXV. S. 266.

zug anderer Personen seine ursprüngliche Bedeutung [7]), theils fiel auch sein Grund hinweg, seitdem den in der Gewalt zurückgebliebenen Kindern ihr Rechtserwerb der Substanz nach ebenfalls erhalten und gesichert wurde [8]). Indessen enthält Justinians Constitution über die Emancipationsform (aus dem J. 531) wenigstens eine allgemeine Anerkennung desselben [9]), und daß es neben der Novelle 115 nicht bestehen könne, läßt sich keineswegs behaupten; denn auch im älteren Rechte bestand es neben dem auf Verwandtschaft beruhenden Notherbenrechte des Vaters und unabhängig von demselben: „Patrem autem accepta contra tabulas bonorum possessione et jus antiquum, quod et sine manumissione habebat, posse sibi defendere Julianus scripsit; nec enim ei nocere debet, quod jura patronatus habebat, quum sit et pater" [10]). Also, soferne der Vater nicht durch einen Näherberechtigten ausgeschlossen wurde, hatte er auch ein Recht auf die Querel [11]), deren Durchsetzung denn freilich auch noch davon abhieng, daß er, ohne es verdient zu haben, ausgeschlossen war, wogegen

7) S. die Bd. XXXV. S. 220. Note 92 angef. Stellen.

8) S. den Titel des Codex: *de bonis, quae liberis in potestate patris constitutis ex matrimonio vel alias acquirantur* (VI. 61.).

9) L. ult. C. *de emancipat.* (VIII. 49). §. fin. Inst. *de legit. agnator. succ.*

10) L. 1. §. 6. D. *si quis a par. manumiss.* (XXXVII. 12).

11) Dies ist unter dem *jus antiquum* in der L. 1. §. 6. D. *si quis a par. manum.* zu verstehen. S. Cujacii observat. Lib. VIII. obs. 23. in f. auch *A.* Schultingii notae ad Dig. ed. Smallenburg T. VI. p. 62.

ihm das gleichsam patronatische Erbrecht einseitig überall nicht entzogen werden konnte. Die Novelle schließt nun ihre Vorschriften an die bisherigen Begriffe über verdiente und unverdiente Präterition oder Enterbung an, und führt diese Begriffe nur auf Bestimmtheiten zurück, indem sie zugleich die Folgen des verletzten Notherbenrechts anders normirt. Man könnte daher wohl sagen: auch hier müsse die Rechtsregel species generi derogat zur Anwendung kommen, oder, das auf ganz besonderen Voraussetzungen beruhende Notherbenrecht des emanzipirenden Vaters werde durch das neue Recht nicht vernichtet, sondern bestehe neben demselben, wie früher neben der inofficiosi querela. Allein schwerlich ist dies der Absicht des Gesetzgebers gemäß, wenn man gleich gerne zugeben kann, daß er an die B. P. des emanzipirenden Vaters nicht gedacht habe. Die Querel verpflichtete den, welcher sie durchsetzte, in der Regel nicht zur Zahlung von Vermächtnissen, sie konnte also dem Vater, wenn er z. B. der alleinige Intestaterbe war, mehr gewähren, als die ihm als Emancipator zustehende Bonorum possessio. Wie will man nun aber mit dem letzteren Rechte, welches ebenfalls auf einen reinen Theil des Nachlasses gieng, die Bestimmung des Gesetzes vereinigen, daß der Notherbe die testamentarischen Nebenbestimmungen anerkennen und erfüllen müsse? Ist man nun nicht der Meinung, daß Justinian ein jämmerliches und für die Anwendung durchaus untaugliches Flickwerk zu Tage gefördert habe, so sieht man sich genöthigt, dem Gesetz auch in der hier zur Frage stehenden Beziehung derogirende Kraft einzuräumen. Vollends aber ist das besondere Erbrecht des emanzipirenden Vaters mit der allgemeinen und durchgreifenden Bestimmung der wenige Jahre spä-

ten erlassenen Nov. 118 unverträglich [12]). Hieraus folgt aber zugleich, daß nach dem neuesten römischen Recht auch der Vater nie mehr auf sein Notherbenrecht durch Vertrag beim Leben des Kindes verzichten kann, da dies nur in Beziehung auf sein durch Emanzipation begründetes Erbrecht möglich war [13]). Dagegen kann immer noch von dem Notherbenrecht des Adoptivvaters die Rede seyn, da dieses, nach der an einem anderen Orte [14]) ausgeführten Ansicht, nicht auf die Befugniß, als Emanzipator einen bestimmten Theil zu erhalten, eingeschränkt war.

4) Es fehlt nicht an Rechtslehrern, welche auch noch in anderen Fällen das Fortbestehen der contra tab. B. P. neben dem Recht der Novelle nicht blos als nützlich, sondern als nothwendig annehmen [15]), und zwar in folgenden Fällen:

a) Wenn von mehreren gleichberechtigten Descen-

12) Uebereinstimmend hiermit ist Stryk in usu moderno Pand. Lib. XXXVII. Tit. XII. Bluntschli a. a. O. S. 252 fg. (Nr. V.) Francke Notherbenrecht S. 485. — Vgl. auch Bd. XXXV. des Comment. S. 178 fg. u. S. 221.

13) Vgl. Bd. XXXV. des Comment. S. 266.

14) Bd. XXXV. des Comment. S. 225—229.

15) Dahin gehören *Jo.* Brunnemann z. B. comment. in Pand. ad L. 10. D. de B. P. contra tabul. Nr. 7. u. a. a. Orten; *Sam.* Stryk succ. ab intest. Diss. IX. cap. V. §. 12 sqq. *Ge.* Sartorius Diss. de bon. poss. quam contra tab. parentum liberi agnoscunt. Sect. II. §. IV. p. 93 sqq. (Dieser Schriftsteller bekennt sich zwar zu dem Correctionssystem; doch spricht er hier meistens nur von solchen Fällen, in welchen, auch unter vorausgesetzter Richtigkeit des Derogationssystems, die contra tab. B. P. nothwendig seyn soll.)

denken einer eingesetzt der andere präterirt ist, dieser aber von seinem Rechte keinen Gebrauch machen will. Hier könnte der Eingesetzte zwar aus dem Rechte des Präterirten (commisso per alium edicto) die contra tabulas B. P. erhalten, ein anderes Mittel gegen das Testament zu succediren gebe es aber auch für ihn überall nicht [16]. Nun hat es zwar seine Richtigkeit, daß die Novelle einem eingesetzten Notherben die Befugniß nicht giebt, das Testament aus dem Rechte eines Anderen umzustoßen [17], wie sie denn überhaupt ihre Bestimmungen ganz allgemein und einfach aufstellt. Aber eben darum muß man sie auch in diesem Sinne verstehen und anwenden; es ist in der That eine fast unbegreifliche Inconsequenz, wenn man der Meinung ist, daß die früheren Rechts- und Impugnativmittel für Notherben durch die Novelle abgeschafft seyen, ungeachtet das Gesetz dies doch nicht buchstäblich bestimmt, und dennoch einzelne Anwendungen des früheren Rechts aus dem Grunde gelten lassen will, weil sich hierüber keine ausdrückliche Disposition in dem neuen Gesetz finde! — Das Recht der Novelle wirkt unmittelbar und ipso jure, sobald nur die besonderen Voraussetzungen desselben vorhanden sind; diese bestehen im wesentlichen darin, daß beim Tode des Testirers Notherben da sind, welche das Testament gar nicht, oder nicht gehörig berücksichtigt. Alsdann tritt im Ganzen die Intestaterbfolge ein, ohne daß darauf etwas ankommt, ob Fremde oder ob andere Notherben eingesetzt sind; denn da das Gesetz hier keinen solchen Unter-

16) Brunnemann l. l. Stryk l. l. §. 12.

17) Hieraus leitet Sartorius (diss. cit. p. 93.) zunächst die vermeintliche Nothwendigkeit der B. P. in diesem Falle ab.

schied macht, so darf auch der Ausleger ihn nicht in dasselbe hineintragen. Es ist mithin für alle gleichberechtigte Notherben die Intestaterbfolge eröffnet, und will einer von ihnen, gleichviel ob er eingesetzt oder präterirt ist, seinen Erbtheil nicht haben, so accrescirt derselbe den übrigen, falls nicht der Verzicht zum Besten eines bestimmten Dritten erfolgte, welcher alsdann gleichsam als Cessionar an die Stelle des Verzichtenden tritt [18].

Noch weniger hat

b) der zweite Fall für sich: wenn ein Testament agnatione postumi rumpirt, dieser aber vor dem Testirer wieder mit Tode abgegangen ist, so sollen die eingesetzten Notherben aus dem Rechte des Postumus zur c. t. B. P. gelassen werden [19]! Wie Sartorius, dessen Schrift durchgängig von Talent und Gelehrsamkeit zeugt, diese völlig gehaltlose Meinung billigen konnte [20], ist schwer zu begreifen. Daß die Novelle in dem angenommenen Falle den instituirten Notherben kein Recht gegen das Testament giebt, hat seine Richtigkeit. Allein auch nach altem Rechte hatten sie keines; denn ein beim Tode des Erblassers nicht mehr existirender Postumus kann eben so wenig für Andere ein Anfechtungsrecht begründen, als er selber ein solches auszuüben im Stande ist!

c) Ein dritter Fall soll seyn: wenn der in einem früheren vollständigen Testamente gehörig ausgeschlossene Notherbe in einem späteren unvollständigen präterirt ist. Da das zweite Testament nach dem Civilrechte null sey, also das frühere nicht rumpiren könne, so bleibe nur die

18) Vgl. hiermit oben S. 266 fgg. (nr. 4.) dieses Bandes.

19) Stryk l. l. §. 13.

20) Sartorius diss. cit. p. 94.

vom Prätor nach der L. 12 §. 1 D. de B. P. c. t. dagegen zugelassene contra tab. bonorum possessio übrig [21]). Diese Schlußfolgerung wäre in der That nicht ohne Grund, wenn angenommen werden müßte, daß dem zweiten Testamente lediglich unter der Voraussetzung die Kraft zu rumpiren beigelegt werde, damit gegen dasselbe eine contra tab. B. P. ertheilt werden könne. Allein dies ist durchaus nicht nöthig, man mag nun das *testamentum sequens imperfectum* der L. 12 §. cit. von einem solchen verstehen, dem sonst nichts fehlt, als die gehörige Berücksichtigung des Notherben, oder von einem der Form nach mangelhaften. Im ersten Falle würde man sagen dürfen: das Testament, welches nur wegen Präterition des Notherben nicht bestehen kann, rumpirt doch immer das frühere, — ein Satz welcher ja ohnehin für das neueste Recht kein Bedenken hat [22]). Im zweiten Falle darf der Grund der Ruption nur in der Voraussetzung gesucht werden, daß in dem letzten Testamente die Intestaterben eingesetzt waren [23]); dies aber ist ja im

21) Stryk l. l. §. 16.

22) S. oben den Schluß des vor. §. S. 294. Nr. 7.

23) L. 2 D. *de injusto, rupto, irrito facto test.* (XXVIII. 3.); vgl. die vorläufige Erklärung, welche sowohl von dieser Stelle, als auch von L. 12. §. 1. D. *de B. P. c. t.* bereits im 36sten Bande dieses Comment. (S. 321—323.) gegeben ist. S. auch dazu noch Sartorius diss. cit. p. 40. not. g. — Man könnte übrigens zweifeln, ob nicht die nächsten Intestaterben eingesetzt seyn müßten, damit ein späteres unvollkommenes Testament das frühere rumpire, — das aber wäre hier ja gerade der Notherbe. Allein versteht man den Ausdruck „testamentum posterius imperfectum" in der Stelle von Gajus (L. 12. §. 1. D. *de B. P. c. t.*) einmal von einem solchen,

neueren Rechte nicht aufgehoben, sondern ausdrücklich bestätigt [24]). Mithin kommt es immer nur darauf an, ob in dem zweiten Testamente der Notherbe gehörig berücksichtigt ist, oder nicht, in welchem letzteren Falle er denn sein Notherbenrecht nach der Bestimmung der Novelle 115 geltend macht [25]).

Noch führt Stryk

d) den Fall an, wenn der Notherbe unter einer Bedingung enterbt wurde, indem hierüber die Novelle gar nichts bestimme [26]). Indessen bemerkt er selbst, daß durch die Novelle die Grundsätze des älteren Rechts über bedingte Erbeseinsetzungen nicht abgeschafft seyen, und daher eine Nichtbeobachtung derselben die in der Novelle angeordnete Nullität zur Folge haben müsse [27]); nur um Streitigkeiten über die Frage vorzubeugen: ob das neue Gesetz eine Anwendung auf bedingte Erbeseinsetzungen leide? rathe er, zur contra tabulas B. P. seine Zuflucht zu nehmen [28]).

dem die civilrechtlichen Solennitäten fehlten, so können auch die Worte „si *remoto filio* potiores sint in ea hereditate posteriore testamento scripti heredes" nur auf die Intestaterben bezogen werden, welche ohne das Daseyn des Notherben die nächsten seyn würden.

24) L. 21. §. 5. C. *de testam.* (VI. 23.) — Vgl. Bd. XXXVI. S. 323. Note 11 a. E.

25) S. auch Sartorius diss. cit. p. 94 sq., welcher sich in diesem Falle gegen die Ansicht von Stryk erklärt.

26) Stryk l. l. §. 18.

27) S. oben S. 226 fgg.

28) Vgl. auch Sartorius a. a. O. p. 95. — Wenn dieser Schriftsteller als einen Fall, wo die c. t. B. P. nothwendig sey, auch noch die von dem Notherben erfolgte

5) Zimmern hält die inofficiosi querela auch jetzt noch für zulässig, wenn zwar durch Einsetzung der

Entsagung auf das nach Civilrecht ihm zustehende Recht nennt, so hängt dies mit seiner Ansicht zusammen, daß die Novelle dem früheren Notherbenrechte überhaupt nur theilweise derogire. — Auch Planck meint, wie man auch sonst über das Verhältniß der Novelle zum alten Recht denken möge, so gebe es doch einen Fall, in welchem die c. t. B. P. sich noch als nothwendig erweise, und in Folge dieses Rechts denn die alte inofficiosi querela dem Notherben ebenfalls zugestanden werden müsse: wenn nämlich ein Vater seinen Sohn durch die s. g. plena adoptio der Gewalt eines Andern unterwerfe, der Adoptivsohn aber einen Sohn erzeuge und dieser durch Emanzipation wieder aus der Familie des Adoptivgrosvaters trete, und der natürliche Grosvater ohne Testament sterbe, so gehe ihm sein Vater zwar nach der Novelle 118 vor, da er der Nähere dem Grade nach sey, allein der Enkel habe doch die b. p. unde liberi für sich, welche ihm den Vorzug vor seinem Vater gebe. Da nun hieraus folge, daß er auch auf das prätorische Notherbenrecht einen Anspruch zu machen habe, so sey für diesen Fall die contra tab. B. P. eine necessaria, weil aber Jemand, der auf die c. t. B. P. ein Recht habe, verlangen dürfe, nicht ohne Grund von der Erbschaft ausgeschlossen zu werden, so kann der Enkel in dem angenommenen Falle auch die inofficiosi querela anstellen (diss. de nexu et habitu inter diversas successionis necessariae species p. 98—100). — Allein zuvörderst ist es schon eine wahre Unmöglichkeit, daß neben Justinians neuer Intestatsuccesion die prätorische B. P. intestati als etwas verschiedenes bestehen könne (s. auch v. Löhr Bemerkung über die B. P., in von Grolmans und seinem Magazin für Rechtswissensch. und Gesetzgebung Bd. III. S. 342 fg.); sodann kann immer

Novelle 115 Genüge geleistet worden, jedoch dem Erben gar nichts zugewandt ist [29]). Allein schon an einem anderen Orte wurde ausgeführt, daß auf diese Weise den Vorschriften der Novelle überall nicht genügt werden kann; mithin die durch die Novelle bestimmte Folge der Nichtbeachtung ihrer Vorschriften alsdann immer eintrete [30]).

nur die Frage seyn: ob der in der Adoptivfamilie gebliebene Vater seinem emanzipirten Sohne, oder ob dieser ihm bei der Beerbung des natürlichen Grosvaters vorgehe? Ist der Grundsatz des prätorischen Rechts: adoptio tam diu nocet, quamdiu quis in aliena familia est, im neueren Rechte aufgehoben, so hat nur der Vater Intestaterbrecht, also auch das Recht eines Notherben; gilt er noch (und daß dieß angenommen werden müsse, ist an einem anderen Orte ausgeführt worden), so kommt beides nur dem Sohne, also hier dem Enkel in Beziehung auf die Verlassenschaft des natürlichen Grosvaters zu. Vgl. oben S 62 fgg. (Nr. 2.)

29) Im Archiv für civilist. Praxis Bd. VIII. S. 155. Not. 8.

30) Bd. XXXV. S. 322. — Vgl. auch Bluntschli a. a. O. S. 239. Note 356. und Blume Vorrede zu seinem Grundr. des Pandektenr. S. XXXVI. a. E. fg. — Uebrigens hält der Rec. von Franckes Notherbenrecht (in Schunck's Jahrbüchern u. s. w. S. 260. 261.) die inofficiosi querela mit ihren sämmtlichen Wirkungen und Eigenthümlichkeiten noch dann für zulässig, wenn der Testirer einen Pflichttheilsberechtigten zwar auf Etwas zum Erben eingesetzt, rücksichtlich des Restes aber von der Erbschaft ausgeschlossen hat. — Indessen, entweder ist dadurch der juristischen Form genügt, — dann würde nur die Ergänzungsklage hier anwendbar seyn, da ja immer etwas hinterlassen ist, auf dessen Ergänzung angetragen werden kann, — oder, man muß diese Art zu verfügen, als einen Verstoß wider die Vorschrift, daß ein Notherbe

h) Die Frage: ob der Notherbe durch Annahme eines ihm in dem Testamente ausgesetzten Vermächtnisses

eingesetzt oder gehörig enterbt werden soll, ansehen: alsdann würde die durch die Novelle bestimmte Nullität eintreten, da es nach unserer Theorie für die Anwendung des Rechts der Novelle gleichgiltig ist, in welcher Art das förmliche Notherbenrecht verletzt wird, ob durch gänzliche Präterition oder durch ungehörige Einsetzung oder Enterbung. Erstens ist nun nach richtiger Ansicht der Sache hier zu behaupten; die Regel: exheredationes non esse adjuvandas, und: exheredationem ab omni hereditate esse faciendam (S. oben S. 222 fgg. und Bd. XXXVI. S. 427.), könne hier nicht zur Anwendung kommen, da ja eine Einsetzung erfolgt ist, und nach ausdrücklicher Bestimmung der Nov. 115. c. 5. pr.: „si qui heredes fuerint nominati, *etiamsi certis rebus jussi fuerint esse contenti*", die Erbeinsetzung nicht aufgelöst, sondern nur auf Ergänzung des Pflichttheils geklagt werden soll. — Der Herausgeber des Schweppeschen Lehrbuchs (Wilh. Mejer Bd. 5. Ausg. 4. §. 975 a. E.) nimmt an, daß der Gebrauch der inoff. querela für Descendenten und Ascendenten noch bei der successio in querelam übrig bleibe, weil hier der Nächstfolgende sich nicht aus Nov. 115 beklagen könne, indem das Gesetz sich auf die nächsten Notherben beschränke; von einem solchen Succedirenden werde dann das Testament seinem ganzen Inhalte nach umgeworfen. — Mit der Theorie, daß die Novelle dem früheren Notherbenrechte derogire, ist diese Ansicht schlechterdings unverträglich. Allein es hat auch etwas in sich Widersprechendes, die Unanwendbarkeit der Querel im neuesten Rechte für den nächstberechtigten Notherben anzunehmen, und dennoch von einer successio in querelam zu sprechen, — wenn man auch nicht einmal berücksichtigen will, daß die Beibehaltung eines weder consequenten noch genugsam gekannten Instituts (Bd. XXXV. S. 474 fgg.) gewiß nicht zu begünstigen ist.

das Recht verliere, das Testament für nichtig quoad heredis institutionem zu erklären? hängt weniger mit der Ansicht über das Verhältniß der Novelle zu dem früheren Notherbenrechte zusammen, als gewöhnlich angenommen wird [31]). Daß die inofficiosi querela und die contra tabulas B. P. ausgeschlossen wurden, wenn der berechtigte Notherbe ein ihm hinterlassenes Vermächtniß annahm, hatte seinen Grund ja nicht in der besonderen Natur dieser Rechtsmittel, sondern lediglich in einer dadurch ausgesprochenen Anerkennung des Testaments [32]). So versteht es sich denn auch ganz von selbst, daß der Notherbe ebenfalls auf das durch die Novelle ihm gegebene Recht ausdrücklich und stillschweigend, mithin auch durch Annahme eines Vermächtnisses verzichten kann, und es ist eigentlich nur eine quaestio facti, ob dieselbe auf eine solche Art erfolgt, daß daraus ein Verzicht auf das Notherbenrecht gefolgert werden darf. Insoferne kann denn hierauf die oben (S. 284. Nr. II. 2.) erörterte Frage von Einfluß seyn: ob der Notherbe die ihm ausgesetzten Vermächtnisse als Prälegate fordern dürfe? Bejaht man diese Frage, so liegt in der bloßen Annahme des Objects derselben noch kein Verzicht auf das Hauptrecht, sondern es muß aus den Umständen erhellen, daß der Notherbe dadurch das Testament anerkannt habe [33]). Verneint man sie, so kann es kein Bedenken leiden, hierauf

31) Vgl. zu dieser Frage Glück Bd. VII. §. 560. S. 480. u. die daselbst angeführten Schriften. — Bluntschli a. a. O. S. 261. Nr. 1.

32) S. Bd XXXV. S. 441 fgg. und oben S. 88. dieses Bandes, a. E. Nr. b.

33) Rathsam würde hier freilich die Einlegung einer Protestation seyn; arg. L. 20. §. 1.

anzuwenden, was Ulpian in einem ähnlichen Falle von dem zur inofficiosi querela Berechtigten sagte: agnovit (defuncti) judicium [34]). Bluntschli meint nun, daß in einem solchen Falle der Notherbe mit seiner Klage aus dem Rechte der Novelle entweder per exceptionem zurückgewiesen werde, weil er den Willen des Erblassers anerkannt habe, oder daß er mit derselben zuzulassen sey, aber das Legat verliere, — wagt es übrigens nicht zu entscheiden, welche dieser Folgen hier eintreten müsse [35]). Allein eine Schwierigkeit der rechtlichen Entscheidung findet sich hier überall nicht, sobald das factum feststeht. Ist dies als eine Anerkennung des Testaments auszulegen, so wird es auch dabei sein Bewenden behalten, und der dennoch auf Gewährung des Notherbenrechts klagende Intestaterbe mit der doli exceptio zurückgewiesen werden müssen, auch wenn er das Vermächtniß wieder aufgeben will: denn: ad renunciata non datur regressus [36]).

7) Der Streitfrage: welche Wirkung hier die Codizillarclausel habe, — ob die testamentarische Verfügung dadurch mittelbar aufrecht erhalten werde? ist von dem neuesten Schriftsteller über das Notherbenrecht eine besondere Erörterung gewidmet [37]). Seine Ansicht ist die nach dem Nullitätssystem lasse sich überall nicht bezweifeln, daß der Erblasser giltig die Codizillarclausel beifügen und dadurch die Erbeseinsetzungen für den Nothfall in Universalvermächtnisse verwandeln könne, wodurch denn also die Notherben gleich eingesetzten Fiduciarerben

34) L. 8. §. 10. D. *de inoffic. test.*

35) Erbrecht gegen den letzten Willen S. 263 fg. (Nr. 3.)

36) S. meine *doctrina* Pandectar. Vol. I. §. 119. Nr. III.

37) Francke Notherbenrecht §. 33. S. 416 fgg.

verpflichtet würde, gegen Zurückbehaltung der s. g. Trebellianischen Quart und ihres Pflichttheils die Erbschaft zu restituiren; nur wider die Absicht des Testirers dürfe sie nicht angewandt werden, und darum sei die Beifügung der Clausel ohne Wirkung, wenn ein Notherbe aus Irrthum übergangen werde [38]).

Es ist hier der Ort nicht, näher in eine Prüfung dieser Meinung und der dafür beigebrachten Gründe einzugehen, da dies in der genauesten Verbindung steht mit den Untersuchungen über die Natur und die Wirkung der Codicillarclausel im Allgemeinen, wovon erst unten beim §. 1516 die Rede seyn kann. Indessen einiges Bedenken gegen den Satz, daß ein nicht nach Vorschrift der Novelle 115 errichtetes Testament vermittelst der Codicillarclausel aufrecht erhalten werden könne, dürften hier nicht am unrechten Orte seyn.

Allerdings läßt sich die Sache so auffassen, daß man sagt: die Codicillarclausel hat (wenn kein früheres Testament errichtet ist) die Wirkung, daß die nächsten Intestaterben eingesetzt erscheinen, mit dem Auftrag, die Verlassenschaft als Fideicommiß dem ausdrücklich eingesetzten Erben zu restituiren [39]). Gilt nun ganz unbezweifelbar eine solche Verfügung, wenn sie ausdrücklich erklärt ist, warum sollte sie alsdann auch nicht durch die obige Clausel vermittelt werden dürfen? — Indessen,

38) Mit dem letzteren Theil des Satzes beschäftigt sich der größte Theil der Franckeschen Darstellung; die von mir vorgetragenen Zweifelsgründe aber sind gegen diese Ansicht, mit welcher auch ich vollkommen einverstanden bin, nicht gerichtet.

39) L. 29. §. 1. D. *qui test. fac. poss.* (XXVIII. 1.) L. 3. pr. in f. L. 16. D. *de jure codicillor.* (XXIX. 7.) —

so lange die Nothwendigkeit einer förmlichen Einsetzung oder Ausschließung der Notherben noch besteht, darf man nicht sagen, es sei die Art, wie der Testirer seinen Willen erkläre, völlig gleichgiltig, sobald das Eine soviel als das Andere bedeuten könne (Vergl. oben S. 227). Nun aber ist der Satz auch für das neueste Recht nicht aufgehoben, daß durch Codizille weder Erbeseinsetzungen noch Enterbungen verfügt werden können, und daß eine giltige Einsetzung des Notherben direct auf seine Person gestellt seyn müsse[40]; die Consequenz erfordert aber doch wohl, daß eine Wirkung, welche sich durch Codizille überhaupt nicht erreichen läßt, auch durch die Codicillarclausel nicht möglich werde, da diese Clausel doch nur die eventuelle Verwandlung der letztwilligen Verfügung in eine Codicillardisposition bezwecken kann[41]. Diesem steht auch nicht entgegen, daß die in einem nicht vollgültigen Testamente enthaltene Erbeinsetzung doch mittelbar, als Fideicommiß, durch ein Codicill, also auch durch die Codicillarclausel aufrecht erhalten wird[42]. Hier ist ja aber nicht die Rede von einer als Fideicommiß zu erhaltenden Erbeseinsetzung der Notherben — was auch ohnehin nach der ausdrücklichen Bestimmung der Novelle nicht statthaft seyn würde[43], — sondern davon: ob die Codicillarclau-

40) Bd. XXXVI. S. 351 fgg. und oben S. 213 dieses Bandes. (Uebrigens bezieht sich die an dem letzteren Orte ange- [Note 12.] führte Stelle zunächst darauf, daß der Pflichttheil den Notherben nicht durch Fideicommiß zugewandt werden dürfe. S. unten Note 43.)

41) Meine doctrina Pandectar. Vol. III. §. 686.

42) L. 2. §. 4. D. *de jure codicillor.*

43) Nov. 115. cap. 3. pr. — „nec si per — — — — fideicommissum — — — eis dederit legibus debitam portionem.

sei die Wirkung einer directen Einsetzung für Notherben haben könne? Dies aber muß geläugnet werden, so lange nicht bewiesen wird, daß die Regel, wonach die Einsetzung eines Notherben auch direct auszusprechen ist, aufgehoben sey[44]). Zwar beruft sich Francke noch auf eine Aeußerung Ulpian's, woraus folgen soll, „daß bei Präterition eines suus heres Fideicommisse durch die Codicillarclausel erhalten werden können." Es ist dies die L. 24 §. 11 D. *de fideic. libert.* (XL, 5), welche so lautet: „Ex testamento, quod agnatione postumae ruptum esse constitit, neque directas libertates competere, neque fideicommissarias deberi, *quas non a legitimis quoque heredibus paterfamilias reliquerit*, satis constat." — Um die Bedeutung solcher Stellen gehörig würdigen zu können, muß man sich daran erinnern, daß die Codicille ursprünglich der Fideicommisse wegen aufkamen und, auch als diese regelmäßig erfüllt werden mußten, sehr lange Zeit noch ohne alle

44) Wie sehr man zu verhüten suchte, daß der Unterschied zwischen förmlichen Testamenten und Codizillen gerade in Beziehung auf die hier zur Frage stehende Wirkung nicht verwischt werde, beweisen folgende Coderrescripte: L. 14. C. *de test.* (VI. 23.) Impp. DIOCLETIAN. et MAXIM. „Non codicillum, sed testamentum aviam vestram facere voluisse, *institutio et exheredatio facta probant evidenter*"; ferner L. 7. C. *de codicill.* (VI. 36.) Nachdem der Kaiser Constantin hier zuvörderst daran erinnert hat, daß Codizille nicht die Kraft und Wirkung eigentlicher Testamente haben könnten (s. diesen Theil der Stelle weiter unten im Text), fährt er so fort: „*Igitur specialiter codicillis instituendi — — potestas juris auctoritate data non est.*"

Rechtsform bestanden[45]). Daher konnte denn auch den Intestaterben, mochten sie Notherbenrechte haben oder nicht, die Erfüllung solcher Anordnungen aufgetragen werden, ohne daß man dabei im mindesten an die bestehenden Formen der Erbeinsetzung oder überhaupt an eine bestimmte Art der Willenserklärung gebunden war; soweit es sich hier nur um die Erfüllung der Fideicommisse handelte, galten auch selbst die Notherben für eingesetzt[46]). Man muß sich daher wohl hüten, Aeußerungen der römischen Juristen über die Wirksamkeit der Codicille in einer solchen Allgemeinheit zu verstehen, als ob indirect alle und jede Anordnungen eines Testirers durch Codicille hätten Giltigkeit erlangen können; denn sonst müßte ja schon zu Julian's Zeit gar keine Form über Einsetzung der Postumen und anderer Notherben mehr bestanden haben (Note 46). Vielmehr muß man gegen solche Auslegungen erinnern, was auch der Kaiser Constantin in einem Rescript zu erklären veranlaßt wurde: „Si idem codicilli, quod testamenta possent, cur diversum his instrumentis vocabulum mandaretur, quae vis ac potestas una sociasset?"[47]). — Kehren wir nun zu der obigen Stelle (L. 24. §. 11. D. *de fideic. libert.*) zurück, so sagt sie eben nichts mehr und nichts weniger, als daß die den Intestaterben gemachte Auflage, gewissen Sklaven die Freiheit zu ertheilen, erfüllt werden müsse. In welcher Form diese Auflage geschehe, war ganz gleichgiltig; und so kann man denn

45) L. 127. D. *de legat. I.* „Sola — voluntas servatur in fideicommissis."

46) L. 3. pr. u. §. 1. L. 16. C. *de jure codicill.*

47) L. 7. C. *de codicill.*

allenfalls Ulpian's Stelle auch von einer dem Testamente, welches der Postumus rumpirte, angehängten Codicillarclausel verstehen[48]), obwohl es mir wahrscheinlicher ist, daß Ulpian an einen eigentlichen codicillus ab intestato dachte, und sagen wollte, was Julian (in der L. 3 §. 1 D. *de jure codicillor.*) deutlicher auf folgende Art ausdrückte: „si post codicillos factos natus quis esset suus heres, — — — non perinde habendus est, ac si rupisset hos codicillos," oder: „wenn gleich ein durch agnatio postumi rumpirtes Testament allen seinen Bestimmungen nach ungiltig wird, so werden doch bloße Intestatcodicille von einem Postumus überall nicht rumpirt, sondern er muß den Inhalt derselben wie ein instituirter Erbe erfüllen." — Wie man aber die Stelle auch verstehen mag, so ist es doch immer zweierlei, ob durch die Codicillarclausel eine fideicommissarische Verfügung aufrecht erhalten, oder eine s. g. directe Erbeseinsetzung in eine fideicommissarische verwandelt werden soll, um dadurch die Uebergehung eines Notherben unschädlich zu machen? Letzteres ist mit anderen, die Art und Weise wie Notherben zu berücksichtigen sind betreffenden Vorschriften schwerlich zu vereinigen, und so stehen denn der Ansicht von Francke, wenn man sie auch als die gemeine betrachten darf[49]), in jedem Falle sehr erhebliche Bedenken entgegen.

48) So pflegt man denn die Stellen auch meistens zu verstehen. S. *A.* Schulting notae ad digesta ed. Smallenburg T. VI. p. 267. (Auch der hier als Dissentient angeführte *A.* Faber in errorib. Pragmaticor. Dec. XX. Err. VII. Nr. 8. ist derselben Meinung.)

49) Als gemeine Meinung kann man sie allenfalls betrachten, soferne hierüber blos die Pluralität entscheiden soll. Doch

§. 1425. d.

C) Notherbenrecht der Geschwister *).

Daß die Novelle 115 auf Geschwister nicht gehe, und überhaupt in Ansehung dieser das ältere Recht ungeändert gelassen sey, ist die gemeine und gewiß auch die richtige Meinung [50]). Allerdings hat es etwas Befremdendes und Störendes, daß, bei gänzlicher Abschaffung der inofficiosi querela für näher stehende und gleichberechtigte Notherben, dies Rechtsmittel mit seinen alten Wirkungen gerade für Geschwister fortbestehen soll. Denn, wenn gleich die Durchsetzung desselben noch an besondere Bedingungen geknüpft und auch sonst mehreren Beschränkungen unterworfen ist, als die hereditatis petitio ex causa nullitatis juris novi, so gewährt jene

darf man auch nach Andersdenkenden nicht weit suchen. Ausser den von Francke (a. a. O. S. 417. Note 2.) angeführten Carpzov und Schilter mögen hier nur noch *A.* Fachinaeus controv. Lib. IV. c. 10. *Luc. v. de* Poll l. l. cap. XXXIV. §. 5. und *Tob. Jac.* Reinharth ad *Pauli Christinaei* Decis. Vol. I. obs. 71. nr. 4. genannt seyn.

*) Auch hiervon ist bereits im Titel de inofficioso testamento gehandelt, und zwar an drei verschiedenen Stellen, zuerst in Beziehung auf die Frage: ob Justinian auch für Geschwister bestimmte Enterbungsursachen festgesetzt habe? (Bd. VII. §. 551. S. 206 fgg.), dann in Beziehung auf die Beweislast (ebendas. §. 555. S. 401 — 407.) und zuletzt an dem Orte, wo von den Wirkungen der Querel nach neuerem Rechte die Rede ist (§. 558. S. 451. Nr. 3 — 459. desselb. Bandes.)

50) Sie wird auch von Glück vertheidigt; doch ist dessen Darstellung nicht durchgehends zu billigen, und in einzelnen Punkten vermißt man alle genauere Begründung.

Klage dem Sieger doch mehr, als Descendenten und Ascendenten erhalten können, wenn sie auch ohne allen Grund ausgeschlossen, im Testamente aber Vermächtnisse angeordnet sind. Und vollends alsdann macht sich die darin liegende Inconsequenz bemerkbar, wenn ohne Grund ausgeschlossene Ascendenten und zur Querel berechtigte Geschwister mit einander concurriren, und eine turpis persona eingesetzt ist; hier werden die dem Erben auferlegten Vermächtnisse für den Theil der ersteren erhalten, soweit die Geschwister aber zu klagen berechtigt sind, vernichtet [51]). Daß nun der Kaiser mit Absicht und Vor-

51) Bluntschi (Erbfolge gegen den letzten Willen §. 27 a. E. S. 260. 261.) ist der Meinung, daß ein Zusammentreffen dieser Art gar nicht eintreten könne, da die Geschwister überall kein Recht auf die Querel hätten, wenn erbberechtigte Ascendenten vorhanden seyen. Doch ist das Gegentheil hiervon, nämlich, daß Geschwister, falls nur eine turpis persona eingesetzt war, mit Ascendenten zur Querel concurrirten, bereits an einem andern Orte dargethan (Bd. XXXV. §. 1421. a. S. 232—236. Vgl. ebendas. §. 1421. e. S. 397 fg. Nr. c. und Nr. 2. a.) Dies Recht kann ihnen denn auch dadurch nicht entzogen seyn, daß für Ascendenten die inofficiosi querela überhaupt nicht mehr statt findet; sie behalten also nichts desto weniger ihr Notherbenrecht auf derselben Stufe, wie bisher. Darin aber bin ich mit Bluntschli völlig einverstanden, daß die nach der Novelle 115 eintretende Nichtigkeit sich keineswegs auf die zu der s. g. querela nullitatis juris novi berechtigten Personen einschränke, namentlich also, wenn neben präterirten oder ohne gesetzlichen Grund ausgeschlossenen Ascendenten Geschwister vorhanden sind, die aber kein Recht zur Querel haben, weil sich keine turpis persona eingesetzt findet, die letzteren nunmehr bei der durch jene eröffneten Intestaterbfolge,

bedacht diese Verschiedenheit des Rechts der Geschwister und anderer Notherben habe ungeändert gelassen, ist kaum glaublich; wenigstens wird sich schwerlich ein befriedigender Grund für einen solchen Unterschied angeben lassen. Zwar meint Glück: der Grund der Novelle 115 passe auf Geschwister nicht; denn, daß dies Gesetz nur die Erbeinsetzung rescindire, sei daraus zu erklären, daß Kindern und Eltern der ihnen gebührende Pflichtheil titulo heredis hinterlassen werden müsse, weshalb, wenn dies nicht geschehen, der Testirer nur in Ansehung der Erbeinsetzung pflichtwidrig gehandelt habe, wogegen den Geschwistern quocunque titulo der Pflichttheil hinterlassen werden könne, mithin, wenn ihnen eine turpis persona vorgezogen worden, ohne sie auch nur mit einem Vermächtnisse zu bedenken, nicht nur in Ansehung der Erbeinsetzung, sondern auch in Ansehung der Vermächtnisse lieblos gehandelt sey [52]. Allein ich gestehe den logischen Zusammenhang dieser Schlußfolgerung nicht entdecken zu können. Man sollte eher glauben, daß hiernach den Descendenten und Ascendenten mehr Rechte zustehen müßten, weil sie nicht blos durch materielle Zuwendung des

natürlich aber nur so weit diese eintritt, mithin blos für den Theil der wegfallenden Testamentserben concurriren. Vgl. oben S. 271 fg. dieses Bandes. Das Gegentheil behauptet Schrader diss. de nexu success. ab intestato et querelae inoff. testamenti §. 73. u. §. 77. Doch geht Schrader davon aus, daß das Rechtsmittel der Notherben nach der Nov. 115 die inofficiosi querela sey; wäre dies gegründet, so würde freilich auch das Prinzip, daß in einem solchen Falle die Querel nur eine partiaria sey, nicht für aufgehoben gehalten werden können.

52) Bd. VII. des Comment. §. 558. S. 457. Nr. 2.

Pflichttheils, sondern auch ausserdem noch formell, durch Erbeseinsetzung oder Enterbung, berücksichtigt werden müssen! So ist es denn nicht unwahrscheinlich, daß der Kaiser an die Geschwister, deren Notherbenrecht durch die doch gewiß nicht häufig eintretende Voraussetzung bedingt ist, daß ihnen eine turpis persona vorgezogen sey, nur nicht dachte, — also nur die Notherben vor Augen hatte, welche nach dem Gesetz der Natur sich die Nächsten, und auch nach dem bisherigen Rechte einander den Pflichttheil schuldig sind, ohne daß dies Recht noch von besonderen Bedingungen abhängt[53]). Es ist also wohl nicht anzunehmen, daß der Gesetzgeber, wäre er hierauf aufmerksam geworden, den Geschwistern ein Rechtsmittel zum Schutze ihres Notherbenrechts gelassen haben würde, das, wenn sie es durchsetzten, wirksamer war, als das von ihm für die Descendenten und Ascendenten eingeführte, und es erklärt sich sehr leicht, daß die Meinung aufkommen konnte: es sei das Recht der Novelle auch auf die Geschwister zu erstrecken[54]), da und dort auch

53) Vgl. Bd. XXXV. §. 1421. S. 131. und oben S. 340. Nr. 1.

54) S. die im VII. Bande des Comment. §. 558. S. 454. Note 67—69 genannten Schriftsteller. — Unter den von den Dissentienten angeführten Gründen ist wohl der schwächste der, daß die Novelle der Geschwister nur darum keine Erwähnung gethan, weil sie blos von den Personen handle, welche mit Anführung einer Enterbungsursache ausgeschlossen werden müssen (s. Cocceji jus civ. controv. Tit. de inoff. test. Qu. XI. resp. ad obj.). Heißt dies: „der Gesetzgeber dachte gar nicht an die Geschwister", so ist Alles wieder beim Alten, d. h. es fehlt an jedem Beweise dafür, daß der sonstige Inhalt des Gesetzes dennoch auf die Geschwister bezogen werden müsse. Soll damit gesagt seyn: „die Geschwister wurden geflissentlich

die Praxis sich dafür entschied[55]). Indessen juristische Gründe für eine solche Ausdehnung sind nicht vorhanden. Um dieß zu bewahrheiten ist es auch nicht einmal erforderlich, daß man hier zu den Regeln seine Zuflucht nehme: correctorische Gesetze sind strict zu interpretiren, oder: jus speciale derogat generaliori; allein einfacher und sicherer kommt man durch folgende Argumentation zu dem nämlichen Resultate: das Gesetz spricht stets und ausdrücklich nur von Descendenten und Ascendenten, und zwar nicht etwa blos in dem dispositiven Theile, sondern auch da, wo der legislative Bestimmungsgrund (die ratio legis) angegeben wird[56]). Nun haben die Geschwister nicht etwa nachher erst Notherbenrechte erhalten, sondern

nicht erwähnt, weil auf sie die Enterbungsursachen nicht gehen sollten", — so hätte hierin gerade eine sehr bestimmte Veranlassung für den Gesetzgeber liegen müssen, sich über die Art der Anwendung des neuen Gesetzes auf Geschwister ausdrücklich zu erklären; geschah dies nicht, so liegt der Schluß gewiß sehr nahe, daß in Ansehung dieser das ältere Recht ungeändert bleiben solle. Ueberhaupt aber scheint es, daß die Voraussetzung: die Umschrift des Gesetzes gehe nicht auf Geschwister, so weit sie sich auf die Enterbungsursache beziehe, — von selbst zu dem Schluß führe, daß auch die übrigen Bestimmungen des Gesetzes nicht für Geschwister gelten könnten; denn sie hängen ja mit jener Vorschrift auf das Genaueste zusammen, indem es heißt: wenn diese nicht beobachtet sey, so solle die Erbeinsetzung wegfallen, der sonstige Inhalt des Testaments aber bei Kräften bleiben.

55) S. die Bd. VII. des Comment. S. 455. Note 72. angeführten Zeugnisse.

56) Nov. 115. cap. 5. pr. „*Haec* autem *disposuimus, ut et parentes et filios a testamentorum injuria liberos reddamus.*"

diese standen ihnen ja längst zu; folglich muß der Interpret annehmen, daß der Gesetzgeber seine Disposition auf Descendenten und Ascendenten beschränken wollte. Dagegen kommt auch nicht die Wahrscheinlichkeit in Betracht, daß der Kaiser, hätte man ihn auf jene Inconsequenzen aufmerksam gemacht, wenigstens einen Theil seines neuen Gesetzes auf Geschwister bezogen haben würde. Dies ist allerdings eine sehr natürliche Vermuthung, allein als bloße Vermuthung ist sie doch immer nicht hinreichend, um dem an sich klaren und verständlichen Ausdrucke des Gesetzes einen Sinn beizulegen, welcher zu dem Wortverstande durchaus nicht paßt [57]: es bleibt doch nur eine Möglichkeit, daß Jenes geschehen seyn würde, und dabei entsteht dann noch der Zweifel, ob der Gesetzgeber die Geschwister in aller Hinsicht den Descendenten und Ascendenten gleich gestellt haben, — ob er ihnen auch förmliches Notherbenrecht eingeräumt haben würde? Genug, in der Theorie wird die Meinung allemal den Vorzug behaupten müssen, daß auf Geschwister das Recht der Novelle 115 keine Anwendung leide, und unter den Juristen der neuesten Zeit dürfte es auch kaum Einen geben, der das Gegentheil behauptete [58].

57) arg. L. 1 §. 20 D. *de exercit. act.* (XIV. 1) L. 25. §. 1 D. *de leg.* III.

58) Außer den von Glück für die hier vertheidigte Meinung angeführten Schriftstellern mögen hier noch folgende genannt seyn: *J. C.* Woltaer observation. quae ad jus civ. a Brandenburg pertinent Fasc. I. obs. XXVI. p. 224 sq. P. Lud. Kritz exeget. pract. Abhandlungen über ausgewählte Materien des Civilrechts Abh. 5. §. 1. S. 106 fg. Bluntschli Entwickelung der Erbfolge gegen den letzten Willen §. 26 a. E. S. 253 fg. und die neueren

Darum ist es denn auch in Ansehung der Beweislast bei dem früheren Rechte der inofficiosi querela geblieben, also, die ausgeschlossenen oder übergangenen Geschwister müssen beweisen, einmal, daß eine turpis persona eingesetzt sey, sodann, daß sie durch ihr Betragen gegen den Testirer eine solche Lieblosigkeit nicht verdient hätten [59]. Indessen herrscht hierbei noch mannigfaltiger

Lehrbücher, z. B. Schweppe das röm. Privatr. in seiner Anwendung auf teutsche Gerichte §. 969. (und in der vierten Ausg. von Mejer Bd. V. §. 975. Note 2.) Mackeldey Lehrb. des heut. röm. Rechts §. 661. d. 10ten Aufl. v. Wening-Ingenheim Lehrb. des gem. Civilr. Buch V. §. 158. (od. §. 499. d. n. Aufl.) Meine doctrina Pandectar. Vol. III. §. 776 in f. Seuffert Lehrb. des practischen Pandektenrechts Bd. III. §. 663. Not. 3. Valett Notherbenrecht §. 63. v. Hartitzsch das Erbrecht nach heut. und Röm. Rechte §. 132. nr. 2. Haimberger jus Rom. privatum idque purum. T. III. §. 384. nr. B. und §. 387 in f. — Nur bei Unterholzner (ausführl. Verjährungslehre Bd. II. §. 170. nr. 4. S. 65 fg.) finde ich noch die Ansicht ausgesprochen, daß die Querel der Geschwister in Ansehung ihrer Wirkung nach der Nov. 115 zu beurtheilen sey. Es hängt dies übrigens mit seiner Meinung zusammen, daß die Novelle hauptsächlich das Recht der inofficiosi querela näher bestimmen sollte. Da nun (so schließt er) die Wirkung der Querel durch die Novelle überhaupt geändert sey, und die inofficiosi querela der Geschwister nie etwas Besonderes gehabt, so müsse auch diese jetzt dem veränderten Geiste des Ganzen folgen.

59) Es läßt sich dies als die gewöhnliche Meinung ansehen. S. *Mich. Henr.* Gribner utrum fratres probare teneantur, se non fuisse ingratos §. XIX. (der übrigens selber die entgegengesetzte Ansicht vertheidigt); Höpfner und Weber im Commentar der Institutionen

Streit [60]), welcher indessen größtentheils in Verbindung steht mit der Frage: unter welchen Bedingungen die Ausschließung der Geschwister überhaupt gerechtfertigt werden könne [61]).

Einige haben geglaubt, daß Geschwister allemal mit der Querel obsiegen müssen, wenn sie nur die turpitudo des eingesetzten Erben erweisen [62]); die Frage also: ob

§. 477. Note 4. §. 533. Note 2. Mackeldey Lehrbuch §. 663 a. E. v. Wening-Ingenheim Lehrb. des gem. Civilr. Buch V. §. 148. (oder §. 494. d. n. A.); Valett Notherbenrecht §. 62.; Mejer Ausg. von Schweppe's röm. Privatrecht Band V. §. 965. — Vgl. S. 133 fgg. dieses Bandes Not. 20, woselbst auch die abweichenden Ansichten erwähnt werden, und unten Note 61.

60) S. Bd. VII. des Comment. S. 402 fgg.

61) Zunächst mit Beziehung hierauf sind denn auch in der folgenden Darstellung die Streitfragen aufgefaßt, da sich die verschiedenen Meinungen zu sehr durchkreuzen, wenn man dabei die Fragen einmischt: wer zu beweisen habe, und namentlich: was vom Querulanten zu beweisen sey? Wir nehmen für entschieden an, daß der Querulant den Beweis zu führen hat, se immerentem esse exheredatum, wonächst denn dem Beklagten der Gegenbeweis, und insbesondere der Beweis des vom Testirer angeführten Enterbungsgrundes obliegt (s. oben S. 123—135.). Dies wurde früher insonderheit gegen Mich. Heinr. Gribner (s. Note 59.) und Francke (Notherbenrecht S. 293 fgg.) ausgeführt; beide Schriftsteller haben aber im Uebrigen die richtige Meinung, daß nämlich blos der Vorzug einer turpis persona die Querel der Geschwister noch nicht begründe; im Einzelnen weichen auch sie wieder unter einander ab. Vgl. die Noten 64 u. 65.

62) S. die Bd. VII. S. 402. Note 20. angeführten Schriftsteller, denen noch beizufügen sind Cocceji jus civile

Darum ist es denn auch in Ansehung der Beweislast bei dem früheren Rechte der inofficiosi querela geblieben, also, die ausgeschlossenen oder übergangenen Geschwister müssen beweisen, einmal, daß eine turpis persona eingesetzt sey, sodann, daß sie durch ihr Betragen gegen den Testirer eine solche Lieblosigkeit nicht verdient hätten [59]. Indessen herrscht hierbei noch mannigfaltiger

Lehrbücher, z. B. Schweppe das röm. Privatr. in seiner Anwendung auf teutsche Gerichte §. 969. (und in der vierten Ausg. von Mejer Bd. V. §. 975. Note 2.) Mackeldey Lehrb. des heut. röm. Rechts §. 661. d. 10ten Aufl. v. Wening-Ingenheim Lehrb. des gem. Civilr. Buch V. §. 158. (od. §. 499. d. n. Aufl.) Meine doctrina Pandectar. Vol. III. §. 776 in f. Seuffert Lehrb. des practischen Pandektenrechts Bd. III. §. 663. Not. 3. Valett Notherbenrecht §. 63. v. Hartitzsch das Erbrecht nach heut. und Röm. Rechte §. 132. nr. 2. Haimberger jus Rom. privatum idque purum. T. III. §. 384. nr. B. und §. 387 in f. — Nur bei Unterholzner (ausführl. Verjährungslehre Bd. II. §. 170. nr. 4. S. 65 fg.) finde ich noch die Ansicht ausgesprochen, daß die Querel der Geschwister in Ansehung ihrer Wirkung nach der Nov. 115 zu beurtheilen sey. Es hängt dies übrigens mit seiner Meinung zusammen, daß die Novelle hauptsächlich das Recht der inofficiosi querela näher bestimmen sollte. Da nun (so schließt er) die Wirkung der Querel durch die Novelle überhaupt geändert sey, und die inofficiosi querela der Geschwister nie etwas Besonderes gehabt, so müsse auch diese jetzt dem veränderten Geiste des Ganzen folgen.

59) Es läßt sich dies als die gewöhnliche Meinung ansehen. S. *Mich. Henr.* Gribner utrum fratres probare teneantur, se non fuisse ingratos §. XIX. (der übrigens selber die entgegengesetzte Ansicht vertheidigt); Höpfner und Weber im Commentar der Institutionen

Streit [60]), welcher indessen größtentheils in Verbindung steht mit der Frage: unter welchen Bedingungen die Ausschließung der Geschwister überhaupt gerechtfertigt werden könne [61]).

Einige haben geglaubt, daß Geschwister allemal mit der Querel obsiegen müssen, wenn sie nur die turpitudo des eingesetzten Erben erweisen [62]); die Frage also: ob

§. 477. Note 4. §. 533. Note 2. Mackeldey Lehrbuch §. 663 a. E. v. Wening-Ingenheim Lehrb. des gem. Civilr. Buch V. §. 148. (oder §. 494. d. n. A.); Valett Notherbenrecht §. 62.; Mejer Ausg. von Schweppe's röm. Privatrecht Band V. §. 965. — Vgl. S. 133 fgg. dieses Bandes Not. 20, woselbst auch die abweichenden Ansichten erwähnt werden, und unten Note 61.

60) S. Bd. VII. des Comment. S. 402 fgg.

61) Zunächst mit Beziehung hierauf sind denn auch in der folgenden Darstellung die Streitfragen aufgefaßt, da sich die verschiedenen Meinungen zu sehr durchkreuzen, wenn man dabei die Fragen einmischt: wer zu beweisen habe, und namentlich: was vom Querulanten zu beweisen sey? Wir nehmen für entschieden an, daß der Querulant den Beweis zu führen hat, se immerentem esse exheredatum, wonächst denn dem Beklagten der Gegenbeweis, und insbesondere der Beweis des vom Testirer angeführten Enterbungsgrundes obliegt (s. oben S. 123—135.). Dies wurde früher insonderheit gegen Mich. Heinr. Gribner (s. Note 59.) und Francke (Notherbenrecht S. 293 fgg.) ausgeführt; beide Schriftsteller haben aber im Uebrigen die richtige Meinung, daß nämlich blos der Vorzug einer turpis persona die Querel der Geschwister noch nicht begründe; im Einzelnen weichen auch sie wieder unter einander ab. Vgl. die Noten 64 u. 65.

62) S. die Bd. VII. S. 402. Note 20. angeführten Schriftsteller, denen noch beizufügen sind Cocceji jus civile

sie ohne Grund ausgeschlossen seyen, oder nicht, komme gar nicht in Betracht, da der Vorzug einer turpis persona der alleinige Grund sey, weshalb ihnen die Querel zugestanden werde. Allein dies ist nur die Bedingung, ohne welche von einer Querel der Geschwister überhaupt nicht die Rede seyn kann; tritt sie ein, so bringt es die Natur der Sache mit sich, daß das davon abhängige Recht auch nur das gewöhnliche seyn kann, also nicht angenommen werden darf, es sey ihnen ein besseres Recht gegeben, als denjenigen zustand, welche auch ohne jene besondere Voraussetzung zur Querel berechtigt waren. Der nächste Grund der inofficosi querela beruht allemal auf einer vom Testirer bewiesenen Unbilligkeit und Lieblosigkeit gegen die Notherben; davon kann man aber nicht sprechen, wenn der Notherbe die Ausschließung verdient hat [63].

Bestrittener war es von jeher, ob nicht auch für Geschwister bestimmte Ausschließungsgründe angeordnet seyen [64]? Manche wollen diese nämlich in der Nov. 22

contoversum tit. de inoff. test. Qu. X. und *Jos. M.* Schmidt diss. de querela inofficiosi inter parentes et liberos exule §. XXIX. not. n.

63) Francke a. a. O. S. 291. — Doch darauf möchte ich mit Francke kein Gewicht legen, daß die Vernachlässigung des Erblassers im Wahnsinn nach Nov. 115 c. 3. §. 12 ein allgemeiner Ausschließungsgrund für alle Intestaterben ist. Aus einer so vereinzelten Bestimmung könnte eher gefolgert werden, daß aus den übrigen Gründen nur Descendenten und Ascendenten enterbt werden dürften. Indessen steht jene Bestimmung mit der hier zu entscheidenden Frage überhaupt in keiner wesentlichen Verbindung (s. unten Note 79 und den dazu gehörigen Text).

64) Die verneinende Meinung scheint jetzt das Uebergewicht

p. 47 pr. finden, woselbst es (nach der Vulgate) heißt: „Et quoniam scimus, multas fratribus adinvicem factas contentiones: illum solum, tanquam ingratum circa fratrem effectum, participari hoc lucrum non concedimus, qui mortem voluit fratri, aut criminalem inducere contra eum inscriptionem, aut substantiae ei properavit inferre jacturam; ejus enim portio tam ad reliquos fratres, quam ad matrem veniat[65]." —

zu behaupten. S. Glück Bd. VII. des Comment. S. 206 fg. und die daselbst Note 74 u. 76 angeführten Schriftsteller, zu denen auch noch folgende gehören: *A.* Heise diss. de successorib. necessariis §. 10. Note 5. p. 20. v. Wening-Ingenheim Lehrb. des gemein. Civilr. Buch V. §. 142 (oder §. 492 not. y. d. n. A.). Haimberger jus Rom. privat. T. III. §. 330 not. f. Francke Notherbenrecht S. 292. Meier in seiner Ausg. von Schweppe's röm. Privatrecht Bd. V. §. 960 gegen d. E. S. 452 fg. u. das. Note 5. — Andere Schriftsteller äussern sich freilich nicht bestimmt hierüber, doch sieht man deutlich, daß auch sie der verneinenden Meinung zugethan sind. S. z. B. meine doctrina Pand. Vol. III. §. 683 Note 1. — Uebrigens vgl. hiebei die folgende Note.

65) Sehr angesehene Juristen sind allerdings der Meinung, daß auf diese drei Gründe die Enterbungsursachen für Geschwister einzuschränken seyen. Ausser den von Glück (a. a. O. S. 206 Note 70 — 73) angeführten s. m. noch: *Fr.* Connani comment. jur. civil. Lib. IX c. x. Nr. 7. *H.* Donelli comment. de jure civile Lib. VI. cap. XV. §. 2 — 8. und Lib. XIX. cap. IV. §. 11. der Bucher'schen Ausg. (Donellus fügt noch zwei Ausschließungsgründe hinzu, welche aber nicht auf ingratitudo beruhen nämlich a) „si frater hereditate exclusus eadem turpitudine vitae laboret —, *L.* 11. *C. de inoff. test.* — b) si frater decesserit servo necessario herede instituto, — L. 27. *eod.*" — Daß in beiden Fällen die

In dieser für das Eherecht unter Justinian so wichtigen Novelle finden sich, unter anderen, folgende Bestimmungen über die lucra nuptialia, (worunter jeder Vermögenszuwachs zu verstehen ist, welchen ein Ehegatte mit Rücksicht auf die Ehe oder in Folge derselben, sey es durch Vertrag, Testament oder Gesetz, aus dem Vermögen des anderen erhält[66]): 1) die Kinder sollen, wenn auch der Ueberlebende, Vater oder Mutter, nicht zur zweiten Ehe schreitet, falls er über die lucra nuptialia

Ausschliessung der Geschwister nicht angefochten werden konnte, hat auch seine Richtigkeit; zum Verständniß des letzteren muß daran erinnert werden, daß auch Freigelassene an der levis nota laborirten, also turpes personae in dem hier gemeinten Sinne waren; diese turpitudo soll aber der Giltigkeit des Testaments keinen Eintrag thun, wenn die Einsetzung nur den Grund hat, den Sklaven mit einem insolventen Vermögen zu belasten, also die Schmach der Concurseröffnung dadurch von sich abzuwenden L. 3. Th. *de inoff. test.* II. 19. Vergl. Francke Notherbenrecht S. 191.). *Ulr.* Huber praelect. jur. civil. ad instit. tit. de exhered. lib. §. 9 in f. *Mich. Henr.* Gribner utrum fratres probare teneantur, se non fuisse ingratos §. X. — Andere nehmen an, daß wenigstens die Praxis sich dafür erklärt habe. So Hartitzsch Erbrecht §. 121. (gestützt auf *Ben.* Carpzovii jurisprud. for. P. III. Const. X. Def. 10). — Vergl. auch J. F. Hunger das röm. Erbrecht §. 69. S. 219. Note 1.

66) Mit Unrecht beschränkt man den Begriff der lucra nuptialia auf dasjenige, was ein Ehegatte durch die Liberalität des anderen erworben hat; z. B. Glück Bd. XXIV. des Comment. §. 1217. S. 114. (Vgl. auch Bd. XXVII. §. 1272[a]) S. 94.) S. dagegen Marezoll Bemerkungen über die Lucra nuptialia nach dem neuesten justin. Rechte,

keine besondere Disposition getroffen hat [67]), dieselben mit Ausschluß der etwanigen Testamentserben [68]) erhalten und unter sich gleichmäßig vertheilen, seyen gleich ihre Erbportionen verschieden; Kinder aber, welche sich undankbar gegen die Eltern erweisen, sollen hievon ausgeschlossen seyn und ihr Theil ihren Geschwistern zufallen, oder wären sie sämmtlich so schlecht gesinnt, den fremden Erben [69]). — 2) Schreitet der überlebende Ehegatte zur zweiten Ehe, so sind die lucra nuptialia aus der ersten Ehe den hieraus erzeugten Kindern eigenthümlich verfallen und der s. g. conjux binubus behält davon blos den Niesbrauch. Ob sie Erben ihrer Eltern geworden sind, oder nicht, ist gleichgiltig; nur sollen die wider

in der Zeitschr. für Civilr. und Prozeß, herausgeg. von Linde, Marezoll und v. Wening-Ingenheim Bd. III. Abh. V. S. 93—97 (Nr. 1). Vgl. meine doctr. Pand. Vol. III. §. 542 Nr. I. 1 (d. 3. Aufl.)

67) Nov. 22 c. 20 §. 1 — „omnem licentiam habebunt alienationis super his." Diese Befugniß wurde später dem überlebenden Ehegatten in Beziehung auf die durch den Tod des anderen Theils von ihm lucrirte dos oder propter nuptias donatio wieder entzogen (Nov. 98 c. 1; vgl. jedoch Nov. 127 c. 3). Das Nähere hievon interessirt uns hier nicht; vgl. darüber Marezoll a. a. O. S. 97—114.

68) Das Gesetz sagt: „etiamsi nullum eorum (filiorum) scripserit heredem, sed extraneos omnes, *eis* (i. e. filiis) *per alios modos satisfactione habita*" (cap. 20 §. 2). Dabei ist wohl zunächst an die Mutter gedacht, welche vor der Nov. 115 nicht nöthig hatte, die Kinder zu Erben einzusetzen, wenn sie ihnen nur auf irgend eine Art den Pflichttheil zuwandte.

69) Nov. 22 c. 20 in f. und cap. 21 pr.

undankbare Kinder erlassenen Vorschriften nicht aufgehoben seyn, sondern der Antheil solcher Kinder den übrigen zufallen [70]). — 3) Stirbt ein Kind, und hinterläßt eine Mutter und Geschwister, so erbt die Mutter, auch wenn sie zur zweiten Ehe geschritten ist, mit den Geschwistern ab intestato, erhält aber von demjenigen, was das Kind aus dem väterlichen Erbtheil erhalten hat [71]), blos den Nießbrauch; doch soll auch hier die

70) Ebendas. cap. 26. 27. — Ueber die Ausschließung der ingrati liberi auch von den lucris nuptialibus giebt es auch eine frühere Constitution Justinians (die L. 10 Cod. de sec. nupt. V. 9), worin es unter anderen heißt: — „sancimus, ingratos liberos neque hoc beneficium — — — posse sibi vindicare, sed quasi ingratos ab omni hujusmodi lucro repelli. — — — Sed quemadmodum genitoribus, ita et innocuam posteritatem nullis affici injuriis patimur — — —. Eos etenim liberos hujusmodi beneficio defraudari volumus, qui re ipsa ingrati — — *ab heredibus genitorum liquidis et indubitatis probationibus convicti fuerint* — —." Also, wenn sie gleich auch von diesem Theile des Vermögens ausgeschlossen werden dürfen, so soll doch allemal den Testamentserben der Beweis obliegen, daß sie diese Ausschließung verdient haben. — Eine Modification des Satzes, wonach die Beweislast zunächst den ausgeschlossenen Notherben oblag, gab es also schon vor der Nov. 115, Vgl. oben S. 123 fgg.

71) Es findet sich c. 46 §. 2 u. 3 noch eine besondere Bestimmung die propter nuptias donatio betreffend, allein wegen ihrer Dunkelheit ist sie oft mißverstanden. Der Sinn ist: ausser dem, was das Kind durch Beerbung des Vaters erworben hat, soll auch die vom Vater erhaltene propter nuptias donatio nicht eigenthümlich, sondern nur dem Nießbrauche nach auf die Mutter ver-

Rücksicht gegen undankbare Kinder eintreten, sofern die Gründe der Undankbarkeit klar erwiesen werden (s. Note 70), alles Uebrige aber, was wegen der Beerbung der Descendenten und Ascendenten angeordnet sey, ungeändert bleiben. Allein nicht nur der Undank gegen die Mutter solle in Betracht kommen, sondern auch gegen die zu beerbenden Geschwister. Um nun aber den hierüber vorgekommenen Streitigkeiten vorzubeugen, werde bestimmt, daß derjenige von den Geschwistern ausgeschlossen seyn solle, welcher dem Erblasser nach dem Leben getrachtet, oder eine peinliche Anklage wider ihn erhoben, oder ihm einen Vermögensverlust zuzuziehen bemüht gewesen sey [72].

Nur die aus dem letzten Satze hervorgehobenen Aeusserungen gehören unmittelbar hieher; das Uebrige ist jedoch zum Verständniß durchaus unentbehrlich. — Zunächst nun beziehen sich dieselben auf das Intestaterbrecht der Geschwister an dem Theil der Verlassenschaft ihres Bruders oder ihrer Schwester, welchen diese aus dem väterlichen Vermögen erhalten haben: einer der drei im Gesetze bestimmten Gründe, falls er nur erweislich gemacht werden kann von dem, welcher sich darauf beruft, genügt allemal, um Geschwister von diesem Theile der Verlassenschaft auszuschließen, auch wenn der Erblasser nicht testirt hat. Allerdings läßt sich hieraus folgern, daß diese Gründe auch zur Ausschließung im Testamente

erbt werden, wenn sie mit Geschwistern des Verstorbenen concurrirt. Vgl. auch die deutsche Uebersetzung des corp. jur. civ. (redigirt von Otto, B. Schilling und Sintenis, Novellen S. 174).

72) Ebendas. c. 46 §. 3. 4. und cap. 47 pr.

genügten, ja es steht diese Bestimmung mit dem Enterbungsrecht offenbar in der engsten Verbindung, wie dies schon die allgemeine Bezeichnung jener Ausschließungsgründe durch Undank zur Genüge ergiebt [73]). Aber ist denn nur aus den genannten drei Gründen die testamentarische Ausschließung der Geschwister von der Verlassenschaft möglich? Dies ist zu verneinen. Es darf zuvörderst nicht unberücksichtigt bleiben, daß hier nur von einem Theile der Verlassenschaft die Rede ist. Dieser war, gleich den lucra nuptialia, den Kindern desjenigen, aus dessen Vermögen er herrührte, gewissermaßen verfallen. Indessen, so wie die Kinder von den lucris nuptialibus wegen Undanks testamentarisch ausgeschlossen werden konnten, falls nur der Undank von dem eingesetzten Erben erwiesen wurde (s. Note 70), eben so sollen Geschwister, jedoch nur aus den drei gesetzlich bestimmten Gründen, ipso jure von der Intestaterbfolge ausgeschlossen seyn. Jene Bestimmung wegen der Kinder hat durch die Novelle 115 aufgehört besonderes Recht zu seyn, d. h. es steht nunmehr in Folge früherer Anordnungen zwar fest a) daß eine Ausschließung der Kinder auch von den lucris nuptialibus, selbst von Seite des s. g. conjux binubus im Testamente geschehen kann, — was sonst noch manchen Zweifeln unterworfen seyn würde; — b) daß die lucra nuptialia fremden Erben nur zugewandt werden dürfen, wenn sämmtliche Kinder die Enterbung verdient haben, indem sonst das Recht des Enterbten an diesem Theile des Vermögens den übrigen Kindern mit Ausschluß des extraneus heres accrescirt [74]). Allein davon abgesehen sind durch die

73) S. oben S. 121 und daselbst Note 92.

74) L. 9. C. *de sec. nupt.* Nov. 22 c. 20 §. 2. c. 21 pr.

Novelle 115 nicht nur die Enterbungsgründe gesetzlich festgestellt, sondern es ist auch zur allgemeinen Regel erhoben, was früher nur als Ausnahme in Ansehung der lucra nuptialia bestand, daß stets der eingesetzte Erbe den Beweis der Wahrheit des Enterbungsgrundes darthun muß. — Für Geschwister bestand aber die Vorschrift der Nov. 22 (c. 47) nach wie vor noch als besonderes Recht, sie werden nämlich aus den gedachten drei Gründen auch von der Verlassenschaft ihrer ohne Testament verstorbenen Geschwister ausgeschlossen, wenn gleich nicht von der gesammten Verlassenschaft, wie gewöhnlich behauptet wird [75]), sondern nur von dem Theil derselben, welcher aus dem nachgelassenen Vermögen oder einer propter nuptias donatio des vorverstorbenen Vaters herrührt [76]). In Beziehung auf das testamentarische

c. 26 §. 1, cap. 27. — Vgl. Bd. XXIV des Comment. §. 1217 S. 130 fgg. S. 154 fg. u. S. 159 Nr. VIII. 1. Marezoll a. a. O. S. 111.

75) M. s. z. B. Cocceji jus civile controv. Qu. IX. Resp. ad Obj. 1. Hofacker princip. jur. Rom. Germ. §. 1694. Höpfner's Comment. §. 477 a. E. Heise de successorib. necessar. l. l. (p. 20 not. 5) Haimberger l. l. p. 62 not. f. Mejer a. a. O. S. 452 Note 5. — Nur bei Hert finde ich es ausdrücklich hervorgehoben, daß die Novelle lediglich von den lucris nuptialib. spreche (*Jo. Nic.* Hertius de fratris germani querela inofficiosi adversus quoscunque; sect. II §. 15. (opusculor. Vol. II T. 3, p. 65). Doch die oberflächliche Manier dieses Schriftstellers gestattet es kaum, ihn als Autorität zu nennen.

76) Daß dieses besondere Recht durch Novelle 118 aufgehoben sey, ist übrigens eine Behauptung mancher Rechtslehrer, die sich schwerlich rechtfertigen läßt; m. s. z. B.

Verfügungsrecht galt hier nie ein besonderes Recht, und in der Nov. 22 c. 46 §. 1., wird den Testirern ausdrücklich die Befugniß gegeben, ihre Geschwister durch Testament auch von einem solchen Vermögenstheile auszuschließen. Dabei versteht sich aber nach allgemeinen Rechtsregeln [77]) von selbst die Einschränkung: soferne dadurch nicht das gesetzlich begründete Notherbenrecht der Geschwister verletzt wird. Es ist mithin das frühere Recht in Ansehung der Ausschließung der Geschwister durchaus ungeändert geblieben; haben sie sich ihres Erbrechts unwürdig bewiesen, so erscheint die Ausschließung gerechtfertigt. Welche Gründe dazu geeignet seyen? ist, wie früher, dem richterlichen Ermessen anheim zu geben. Keinem Zweifel unterworfen ist es, daß aus den obigen drei Gründen die Ausschließung gerechtfertigt werden könne, eben so wenig aber kann es nach der vorstehenden Erörterung bezweifelt werden, daß es nicht die einzigen seyen, welche

Cocceji jus civile controv. Lib. V Tit. II resp. ad Obj. 1. Höpfner Commentar §. 477 a. E. Glück Bd. VII des Comment. §. 551 (S. 207 Note 75). Doch dieses zu untersuchen, gehört nach eben so wenig hieher, als die Bestimmung, welchen Einfluß sonst die Novelle 118 auf das in dem Kap. 46 der Novelle 22 angeordnete gemeinschaftliche Intestaterbrecht der Mutter und der Geschwister hat. Einstweilen s. m. Glück Intestaterbfolge §. 154 S. 592 fg. d. 2ten Aufl. und Pand. Comment. Bd. 24 §. 1217 S. 137 fg.

77) arg. L. 35 pr. C. *de inoff. test.* (III. 28). „Si quando talis concessio imperialis processerit, per quam libera testamenti factio concedatur, nihil aliud videri principem concedere, nisi ut habeat legitimam et consuetam testamentifactionem." — S. auch Kap. 13 C. *de testamentis* (VI. 23.).

die Querel der Geschwister ausschließen. Von einem der Enterbungsgründe für Descendenten, — Vernachlässigung des in Wahnsinn gefallenen Erblassers — ist es ausdrücklich gesagt, daß auch andere zur Intestatsuccession berechtigte Personen deshalb ausgeschlossen werden könnten [78]; ohne Zweifel ist dies so allgemein bestimmt, um daran die viel weiter gehende Vorschrift anzuknüpfen, daß aus diesem Grunde Testaments- wie Intestaterben, wenn der Erblasser im Wahnsinn stirbt, als indigni von der Verlassenschaft ausgeschlossen seyn sollen [79].

§. 1425. e.

D) Von der exheredatio bona mente *)

Wenn ein Testirer Jemanden von der Erbschaft ausschließt, welcher sonst zu derselben gelangt seyn würde, so setzt dies wohl in den meisten Fällen eine ungünstige Gesinnung gegen denselben voraus, — die Absicht ihm wehe zu thun, ihn zu strafen, ihm einen Vortheil zu ent-

78) Nov. 115 c. 3 §. 12.

79) „evacuata institutione eorum, *utpote indignorum*." — Also, zunächst wird die Verlassenschaft freilich dem angeboten, welcher sich des Wahnsinnigen annimmt; in Ermangelung eines solchen aber tritt die Regel ein, wonach an den Fiskus kommt, was ein Erbe oder Vermächtnißnehmer wegen Indignität nicht erhalten kann. Vgl. auch Cujacii exposit. Nov. I.

*) S. Glück im VIIten Bande des Comment. §. 551 S. 255 — 266 (nr. B.) und die daselbst angeführten Schriften. — add *Luc. v. de* Poll de exhered. et praeterit. cap. LXVII. — Zimmern im Archiv für civilist. Praxis Bd. VIII Abh. VII. 1. S. 153 fgg. Francke Notherbenrecht §. 34. S. 422 — 444.

ziehen. Es läßt sich aber auch sehr wohl denken, daß eine solche Absicht der Ausschließung nicht zu Grunde liegt, daß vielmehr das Verfahren des Testirers durch die Rücksicht auf das wahre Wohl des Ausgeschlossenen bestimmt wurde, wenn gleich auch dabei wohl bisweilen eine ungünstige Meinung über den Enterbten oder dessen Fähigkeiten mit einwirkt, — allenfalls auch bezweckt wird, demselben durch die im Testamente verfügte Beschränkung die Folgen seines Leichtsinns etwas fühlbar zu machen, ohne daß dies indessen als hauptsächliches, oder gar als einziges Motiv der Disposition erscheint. Z. B. ein Vater hat den Leichtsinn und die Verschwendungslust seines Sohnes hinreichend erkannt, um zu wissen, daß dieser seinen bedeutenden Erbtheil bald verpraßt haben und dann, bei dem Mangel anderweitiger Subsistenz — oder Erwerbsmittel der äussersten Dürftigkeit Preis gegeben seyn werde. Dies sucht er zu verhüten, indem er den verschwenderischen Sohn von der Substanz des Vermögens ausschließt, im übrigen aber dafür sorgt, daß derselbe nicht darbe. Wie weit er hierin gehen wird? werden wohl die Umstände des besonderen Falles entscheiden. Bald wird er einem Freunde, als Erben, das Vermögen anvertrauen, mit der Auflage, es dem Sohne zu restituiren, wenn dieser zu gereifteren Jahren gekommen seyn, oder sichere Beweise eines gebesserten Sinnes gegeben haben werde; bald wird er den Sohn auf immer von der Substanz des Vermögens ausschliessen, zumal wenn derselbe bereits so verschuldet ist, daß der beabsichtigte Zweck auf einem anderen Wege sich nicht füglich erreichen läßt.

Genug, es giebt Fälle, wo die Ausschließung des Notherben aus dem Gesichtspuncte betrachtet werden kann,

daß dadurch besser für ihn gesorgt werde, als durch Erbeseinsetzung, wo also die Enterbung als wahre Wohlthat für ihn erscheint. Unmündigkeit, Blödsinn und Prodigalität des Notherben werden wohl meistens die Veranlassung solcher Verfügungen seyn. Daß diese Verfügungsart von den Römern gekannt und rechtlich berücksichtigt wurde, unterliegt an sich keinem Zweifel. Sie bezeichnen die Ausschließung des Notherben aus einem solchen Motiv als eine exheredatio *non mala mente*[80]), oder non notae causa[81]); die heut zu Tage dafür übliche Benennung ist exheredatio bona mente, oder: Enterbung aus guter Absicht, und im Gegensatz davon spricht man von einer exh. mala mente, oder, quae puniendi causa fit. Die gewöhnlich über die exh. b. mente angenommene und auch durch die Praxis und Particulargesetze bestätigte Meinung nun ist im Ganzen die: man kann seine Notherben wirksam enterben, auch wenn sie die Enterbung nicht verdient haben (oder für Descendenten und Ascendenten keiner der in der Nov. 115 bestimmten Gründe vorhanden ist), falls dabei das eigne Beste des Ausgeschlossenen bezweckt wird, und auch durch die Art der Verfügung erreicht werden kann; und aus gleichem Grunde ist denn auch die Hinzufügung von Bedingungen und Zeitbestimmungen, oder sonstiger Beschwerden, bei der Zuwendung der Erbschaft oder des Pflichttheils ausnahmsweise gestattet[82]).

80) L. 12 §. 2 D. *de bonis libertor.* (XXXVIII. 2). „Si quis *non mala mente* parentis exheredatus sit, sed alia ex causa.“ —

81) L. 18 D. *h. t.* L. 47 pr. D. *de bonis libertor.*

82) Vgl. Francke a. a. O. S. 423; auch unten S. 401 Note 99.

Indessen hat diese Meinung manchen Widerspruch erfahren, besonders in neueren Zeiten[83]. Die meisten Vertheidiger der entgegengesetzten Ansicht geben zwar zu, daß bis auf die Novelle 115 eine exheredatio bona mente als eigenthümliches Rechtsinstitut und mit den so eben erwähnten Wirkungen bestanden habe, seitdem aber nicht mehr gelten könne, da der Kaiser ausdrücklich bestimme: „non licere *penitus* patri vel matri — — — liberos praeterire, aut exheredes in suo facere testamento, — — nisi probabuntur ingrati"[84]. Hieraus soll also folgen, daß Justinian die Enterbungen in guter Absicht abgeschafft habe[85]. In der That aber wiegt dieser Grund für die Wichtigkeit der Sache fast allzuleicht. War nämlich jener Gegensatz überhaupt im römischen Rechte begründet, so konnte Justinian's neues Gesetz nach allen Interpretationsregeln

83) Als Gegner sind hier Alle zu betrachten, welche ganz ohne Beschränkung die Meinung aussprechen, daß nach dem neuesten Rechte Unmündige, postumi u. s. w. nicht mehr enterbt werden könnten, weil die Enterbungsursachen der Novelle 115 hier nicht anwendbar seyen. So namentlich Bluntschli a. a. O. S. 238 u. E. Ausdrücklich erklären sich gegen die exheredatio bona mente Unterholzner im Archiv für d. civilist. Praxis Bd. II. Abh. V §. 1 S. 52. 53 und besonders Francke a. a. O.

84) Nov. 115 c. 3 pr. Vgl. auch cap. 4 pr.

85) So drückt sich Unterholzner aus a. a. O. — Daß die von Glück angeführte Schrift von *Fridr. Andr. Muhl* exheredationem bona mente factam jure noviori Romano non amplius admittendam esse (Frf. ad Viadr. 1800) eine gleiche Tendenz habe, zeigt ihr Titel an. Uebrigens habe ich diese Schrift, aller angewandten Mühe ungeachtet, nicht erhalten können.

nur auf die exheredatio notae causa bezogen werden. Man erwäge nur, daß hiernach genau und bestimmt einander gegenüber stehen die Enterbung propter ingratitudinem, welche, wenn sich ein gerechter Grund der Ausschließung nicht ergiebt, als injuria des Notherben erscheint, — und die in guter Absicht zum eignen Besten des Ausgeschlossenen verfügte [86]). Wenn nun Justinian ausdrücklich erklärt, daß er durch sein neues Gesetz die ingratitudinis causas feststellen wolle [87]) und seine Absicht lediglich dahin gehe, „ut et parentes et filios *a testamentorum injuria* liberos reddamus" [88]), so darf man das Gesetz über diesen Kreis hinaus schlechterdings nicht ausdehnen; wie allgemein der Gesetzgeber sich auch geäussert haben möge: immer spricht er nur von der exheredatio mala mente, er giebt dies in Ausdrücken zu erkennen, die keinem Zweifel Raum übrig lassen, so lange daher eine Interpretation nach Zweck und Zusammenhang einer gesetzlichen Disposition noch etwas gilt, wird man es für Willkühr erklären dürfen, wenn die oben erwähnten Eingangsworte als eine für sich bestehende Gesetzesvorschrift so verstanden werden: es solle eine Enterbung schlechthin nicht anders statt finden, als unter Anführung einer der im Gesetze genannten Gründe, auf das Motiv der Enterbung also überall nicht weiter gesehen werden [89]).

86) L. 25. C. *de inoff. test.* (III. 28) — „neque nomine filiorum inofficiosi — actionem posse competere, *quibus nullam injuriam fecerit mater.*" —

87) Nov. 115 c. 3 pr.

88) Nov. 115 c. 5 pr.

89) Vgl. Thibaut's Theorie der logischen Auslegung §. 24

Bei weitem beachtenswerther sind die Gründe, welche besonders [90]) Francke gegen die exheredatio bona mente vorgebracht hat. Sie erscheinen ihm so überwiegend, daß er keinen Anstand nimmt zu behaupten: als Resultat seiner Untersuchung werde sich ergeben, daß die gewöhnliche Theorie aus Mißverständnissen und Willkührlichkeiten zusammengesetzt sey, und so wenig aus den Quellen, wie aus allgemeinen Rechtsprinzipien begründet werden könne [91]). Eine genauere Prüfung dieser Gründe

a. E. S. 107 (d. 2. Aufl.). — Ein bestimmtes Zeugniß dafür, daß die Novelle 115 auf die exheredatio bona mente keine Anwendung finde, enthalten auch die Scholien der Basiliken ad Lib. XXXVIII Tit. X Fr. 16 Schol. *d.* u. *e.* — Sehr gut sind die Gründe dafür auch entwickelt von *Joh. Andr.* FROMMANN (resp. KESSEL) de exheredatione liberor. bona mente facta (Tub. 1705) §. 4 p. 11. 12.

90) Auch bei Zimmern (a. a. O. S. 154) finden sich die von Francke genauer entwickelten Gründe in der Kürze zusammengestellt: „Nach altem Rechte bedurfte bekanntlich nicht die exheredatio, sondern nur die Entziehung des auch tit. singulari zuzuwendenten Pflichttheils einer Rechtfertigung. Der römische Ausdruck: exheredatio bona mente ist also insofern nicht ganz treffend, als ja auch eben so gut eine praeteritio bona mente zulässig war; wenn man nämlich denjenigen Descendenten, die nicht zu den suis oder emancipatis gehörten, oder den Ascendenten den Pflichttheil vorenthielt. Daß gewöhnlich von einem exheredare bona mente geredet wird, soll nur aufmerksam machen, wie man sich auch bei der besten Absicht nicht über die Form hinaussetzen könne, daß also, wo es nöthig ist, die exheredatio nicht versäumt werden dürfe, wenn man auch übrigens im Interesse des Kindes zu handeln glaubt.“

91) a. a. O. S. 423 u. S. 430.

ist daher um so unerläßlicher, als die neue Theorie hier und da bereits Anerkennung findet[92]).

Im Wesentlichen gehen dieselben darauf hinaus: das Exherediren darf man im früheren Rechte nicht auf das materielle Verhältniß zur Erbschaft beziehen, (als Entziehung des Pflichttheils, oder Ausschließung von der Erbschaft überhaupt), sondern es ist nur die Bestimmung: daß Jemand als Erbe nichts erhalten solle. War diese Erklärung erfolgt, so konnten auch die förmlichen Notherben nur durch Anstellung der inofficiosi querela das Testament umzustoßen versuchen; dies Rechtsmittel aber fiel weg, sowohl wenn dem Enterbten auf irgend eine Art der Pflichtheil zugewandt war, als auch wenn sich ergab, daß der Notherbe die Ausschließung wohl verdient hatte. Nun kam es allerdings wohl vor, daß man seinen Notherben nicht zur Strafe exheredirte, sondern dabei eine wohlmeinende Gesinnung für denselben zu Grunde lag: allein der Grund, weshalb eine solche Verfügung für giltig erklärt wurde, darf nicht in der guten Absicht des Testirers, — er muß vielmehr darin gesucht werden, daß dem Enterbten der Pflichttheil hinterlassen war. So sind die meisten Stellen zu erklären, auf welche man die gemeine Theorie von der exheredatio bona mente gebauet hat; eine derselben aber läßt sehr füglich die Erklärung zu, daß hier der Notherbe aus einem gerechten Grunde ausgeschlossen war. Ist jedoch von der Anwendung dieser Stellen im neuesten Rechte die Rede, so darf man nicht vergessen, a) daß nach Justinian's Bestim-

92) So wird sie namentlich von dem Rez. der Franckeschen Schrift in Schunck's Jahrbüchern Bd. XIX S. 262 fg. im Ganzen gebilligt.

mung der Pflichttheil ohne jeglichen Aufschub, unbedingt und unbeschwert hinterlassen werden muß. b) Daß nach der Nov. 115 die Enterbung der Descendenten und Ascendenten nur durch Hinzufügung eines gesetzlichen und von den Testamentserben zu erweisenden Enterbungsgrundes gerechtfertigt erscheint. — Hiermit verbindet Francke dann noch einige allgemeine Bemerkungen des wesentlichen Inhalts, daß die testamentarischen Verfügungen, worin man das besondere Recht der Enterbungen oder Beschränkungen des Notherbenrechts in guter Absicht finde, theils durchaus nicht nöthig seyen, um das Recht des Notherben zu sichern, theils nichts weniger, als Anordnungen zu seinem Besten enthielten.

Um nun den einzelnen Argumenten von ihrer Stärke nichts zu entziehen, werde ich dem von Francke gewählten Gange der Untersuchung folgen. Er geht nämlich die Stellen einzeln durch, worauf die gemeine Meinung sich stützt, und sucht zu zeigen, daß sie sämmtlich sich nach seiner Ansicht sich erklären lassen, womit er denn zugleich den Beweis in Verbindung setzt, daß eine exheredatio bona mente, als ein eignes, unabhängig von den sonstigen Bestimmungen übrr Notherbenrechte bestehendes Rechtsinstitut, weder nothwendig noch zweckmäßig sey.

1) Die erste dieser Stellen (aus Ulpiani Lib. LVII ad Edict.) ist die L. 18. D. h. t. „Multi non notae causa exheredant filios, *nec ut eis obsint*, *sed ut eis consulant*, utputa inpuberibus, *eisque fideicommissam hereditatem dant*.“ Hierin findet man nun gewöhnlich die Regel ausgesprochen: wenn der Notherbe noch unmündig, oder aus anderen Gründen, z. B. wegen Blödsinns, oder Abhängigkeit von der väterlichen

Gewalt nicht fähig oder befugt ist, dem Seinen vorzustehen, so kann man ihn enterben, dem eingesetzten Erben aber zur Pflicht machen, dem Notherben (nach eingetretener Mündigkeit, geistiger Gesundheit u. s. w.) die Erbschaft als Fideicommiß zu restituiren[93]). Daß nun ein Vater leicht auf die Idee kommen könne, für das Beste seines Kindes auf die Weise zu sorgen, daß er einen erprobten, redlichen und thätigen Freund einstweilen zum Erben seines Vermögens ernannt, giebt Francke zu[94]), und eben so, daß der eingesetzte Erbe dabei im Grunde doch nur als Administrator erscheint, indem er dem Kinde auch die Früchte und sonstigen Aufkünfte der Erbschaft mit herausgeben muß[95]). Indessen erinnert er

93) *Fr.* Duarenus in tit Dig. de lib. et post. c. 3. (in opp. p. 344 in f. sq.) Cujacius in comment. ad tit. *de lib. et post.* h. l. Merenda controvers. jur. civil. Lib. IV c. 25.

94) a. a. O. S. 425 fg.

95) S. L. 8 §. 3 D. *de usuris* (XXII. 1). *Papinianus* Lib. XX Quaestion. „Quum Pollidius, a propinqua sua heres institutus, rogatus fuisset, filiae mulieris, quicquid ex bonis ejus ad se pervenisset, quum certam aetatem puella complesset, restituere, idque sibi mater ideo placuisse testamento comprehendisset, ne filiae tutoribus, sed potius necessitudini res committerentur, eundemque Pollidium fundum retinere jussisset: Praefectis Praetorii (*al.* Praefectus Praetorio, s. darüber die Note a. ed. *Geb. Sp.* und Schultingii et Smallenburgii not. ad Dig. T. IV p. 141) suasi, fructus, qui bona fide a Pollidio ex bonis defunctae percepti essent, restitui debere, sive quod fundum ei tantum praelegaverat, sive quod lubrico tutelae fideicommissi remedium mater prae-

folgendes dagegen: die Behauptung, daß diese Art der

tulerat." — In dieser Stelle ist geradezu als Zweck der Verfügung angegeben: die Vermeidung einer Tutel, bei welcher die Unmündigen leicht Gefahr laufen, während das Vermögen unter der Administration dessen, welcher selber einen Vortheil dabei genießt, zumal eines nahen Verwandten bei weitem gesicherter ist (s. Cujacius in Lib. XX. Quaest. Papin. ad h. l. ed. Neapolit. T. IV. p. 577). Auch der Schlußsatz der Stelle (fructus — — restitui debere u. s. w.) ist nicht ohne Bedeutung für unseren Gegenstand. Ob nämlich der Fiduciarerbe, dem die Restitution des Ganzen in solchen Ausdrücken aufgetragen war, welche auch auf die Nutzungen bezogen werden konnten (z. B. quicquid ex hereditate bonisve ad te pervenerit), zur restitutio fructuum verpflichtet sey, war nicht ausser Streit. Die in der Compilation darüber aufgenommenen Stellen ergeben indessen folgendes Resultat: es ist dies eine quaestio voluntatis; wenn daher gleich ein allgemeiner Ausdruck im Zweifel nicht so verstanden werden darf, daß der Fiduciarerbe auch die gezogenen Nutzungen zu restituiren hätte, so ist doch das Gegentheil anzunehmen, falls sich aus den besonderen Umständen oder dem Zwecke der Disposition ergiebt, daß der Testirer dies gewollt habe. (Vgl. L. 83. pr. D. *de legat.* III. L. 32. L. 57. pr. D. *ad Sct. Trebell.* XXXVI. 1. L. 3. §. 2. D. *de usuris.* — S. *Petr.* Perrenonii animadversion. et variar. lection. jur. civil. Lib. I. cap. XI, in Ottonis thes. jur Rom. T. I. p. 607). Dies nun nimmt Papinian hier (in der L. 3. §. 3. D. *de usur.*) an, und zwar lasse sich die vermuthliche Willensabsicht des Testirers aus einem zwiefachen Grunde erkennen, theils daraus, daß von der Restitution dessen: quicquid ex bonis ejus ad se pervenisset, ein bestimmter fundus ausgeschieden, theils weil der eigentliche Zweck der Verfügung darauf gerichtet sey, für den Unmündigen und die Erhaltung seiner Vermögens-

Disposition im römischen Rechte als zur Sicherheit eines Pupillen nothwendig erachtet wäre, sei falsch. Allerdings habe das römische Vormundschaftswesen dem Pupillen wenig Sicherheit gewährt; allein immer habe doch der Vater dieselbe Sicherheit, ja eine noch größere, dadurch erreichen können, wenn er den Mann, welchem er sein Vertrauen schenkte, zum Vormunde, als wenn er ihn zum Erben ernannte, also ihm die Administration des Vermögens übertrug, ohne daß derselbe dabei irgend einer Aufsicht unterworfen wurde (S. 425 fg.). — Die Nothwendigkeit einer solchen Verfügung ist meines Wissens von Niemandem behauptet; die Nützlichkeit dürfte sich aber doch wohl darthun lassen, zumal bei den Römern, da, wie Francke selber nicht in Abrede stellt, das röm. Vormundschaftswesen dem Pupillen wenig Sicherheit gewährte. Es gab zwar eine obervormundschaftliche Controle; allein ohne eine Anregung von außen war sie selten thätig [96]) und ihre Wirksamkeit immer dadurch sehr beschränkt, daß der Vormund erst nach beendigter Vormundschaft zur Rechnungsablegung verpflichtet war [97]).

rechte besser dadurch zu sorgen, als wenn er es zu einer Tutel kommen lasse. Vgl. *Fr.* Duarenus in Tit. *de liber. et post. heredib. instit.* c. 3. (opp. p. 345. Col. A.)

96) Eine offizielle Thätigkeit kommt eigentliich nur bei der remotio suspecti tutoris vor. L. 3. §. 4. D. *de susp. tut. et cur.* (XXVI. 10.) — Vgl. Ad. Aug. Friedr. Rudorff das Recht der Vormundschaft aus den gemeinen in Deutschland geltenden Rechten entwickelt. Erster Band. (Berl. 1832.) §. 56. S. 406 fgg. — S. auch L. 39. §. 2. 9. L. 40. L. 58. §. 2. D. *de admin. tut.* (XXVI. 7.).

97) L. 1. §. 3. D. *de tut. et rat. distr.* (XXVII. 3). L. 7. C. *qui pet. tut.* (V. 31.).

Sicherheitsbestellung wurde in vielen Fällen gar nicht verlangt, und namentlich waren die im väterlichen Testamente ernannten Tutoren davon befreit [98]. So bestand denn die Sicherheit der bevormundeten Personen hauptsächlich in der Möglichkeit einer Klage gegen die ehemaligen Vormünder und die Obervormundschaft. Dazu kommen noch manche sonderbare Vorschriften des röm. Rechts über die Art der vormundschaftlichen Vermögensverwaltung, durch deren Beobachtung gewiß weniger gut für den Pupillen gesorgt wird, als wenn sich das Vermögen in den Händen eines betriebsamen Mannes befindet [99]. Auf der anderen Seite darf die Behauptung nicht für richtig gehalten werden, daß die Administration eines Fiduciarerben ohne Aufsicht oder Controle, und überhaupt, für die Sicherheit der fideicommissarischen Erben nicht gesorgt sey. Denn der Notherbe, für welchen auf jene Art verfügt ist, erhält auf jeden Fall einen Vormund, auch wenn er weiter kein Vermögen besitzt, als

98) Pr. J. *de satisdat. tut. vel curator.* — L. 3. C. *de confirm. tutore vel curat.* (XXVI. 3.). Vgl. Rudorff das Recht der Vormundschaft. Zweiter Band. (Berl. 1833) §. 106 S. 217 fgg.

99) Dahin gehört die Bestimmung des früheren Rechts, das vorräthige Geld vorzüglich zum Ankauf von Immobilien zu verwenden (L. 3. §. 2. in f. L. 5. pr. D. *de adm. tut.* L. 24. C. *eod.* V. 37), so wie die Vorschrift Justinians, daß der Vormund nur gehalten sey, von den Capitalien so viele verzinslich zu belegen, als der Unterhalt des Pupillen erfordert, die übrigen aber aufbewahren dürfe. (Nov. 72. c. 6. 7. 8.). Vergl. Glück im 30sten Bande des Commentars §. 1334 b. S. 311 fgg. Rudorff in der angeführten Schrift Bd. II. §. 136. S. 362 fgg.

das Fideicommiß [100]), und überdies muß der Fiduciarerbe eine genügende Caution bestellen [1]); würde diese vom Testirer erlassen, so könnte die ganze Verfügung nicht zu Recht bestehen, indem alsdann ein wesentliches Erforderniß ihrer Giltigkeit, daß nämlich der Notherbe dadurch gegen Nachtheile sicher gestellt werde, fehlen würde. Auch kommt nicht in Betracht, daß der Fiduciarerbe einen Theil des Vermögens für sich behalten darf; denn nicht zu gedenken, daß dennoch die Vortheile einer Verwaltung durch denselben für den Notherben überwiegend seyn können, so ist ja der Testirer überhaupt nur schuldig, dem Notherben den Pflichttheil zu hinterlassen; er sorgt also immer für dessen Bestes, wenn er durch seine Verfügung den Pflichttheil sicher stellt; und so gut er alles Uebrige einem Dritten zuwenden kann, eben so wenig liegt darin eine Verletzung des Notherbenrechts, wenn er eine Verfügung trifft, in Folge derer ein Theil des Nachlasses nach gesetzlicher Bestimmung dem Notherben entzogen wird.

Ist nun gleich heut zu Tage eine vormundschaftliche Verwaltung bei weitem geeigneter, die Rechte der bevormundeten Personen zu sichern, wie dies bei den Römern der Fall war, so bleiben doch Gründe genug übrig, welche einem Testirer eine andere Administrationsart wün-

100) Argum. L. 1. §. 46. D. *ad Senatusconsult. Tertull.* (XXXVIII. 17.). — „Quodsi ei remissa satisdatio non fuerit, contra erit: *quoniam vel propter hoc debuit tutores habere.*" — *H.* DONNELLUS in comment. de jure civ. Lib. III. Cap. VIII. §. 24. (der Ausg. von KOENIG.). — Rudorff Vormundschaftsrecht Bd. I. §. 57. S. 531. Nr. 1. a. E.

1) S. meine doctrina Pandectarum Vol. III. §. 730.

schenswerth machen können, als jene im Ganzen nur auf Erhaltung des Vorhandenen berechnete, und überhaupt so manchen Einschränkungen unterworfene ist. Wer wird es nicht höchst natürlich finden, daß z. B. ein Kaufmann seine verwickelten Handelsgeschäfte nach seinem Tode lieber durch einen bewährten Handlungsfreund fortsetzen und beendigen, als dafür eine unter öffentlicher Leitung stehende Vormundschaft eintreten lassen will. Gegen dolus oder imputables Versehen des interimistischen Vermögensinhabers sind die Hinterbliebenen durch die Controle des Vormundes, der ihnen dennoch immer ernannt werden muß, so wie durch die cautio fideicommissaria eben so gut gesichert, als wenn das Vermögen von einem Vormunde administrirt würde. Sie sind aber nicht den Nachtheilen ausgesetzt, welche die Aufdeckung des Vermögensstandes gerade hier so leicht haben kann [2]), oder

2) Zwar kann nach römischem Rechte der Testirer die Anfertigung eines förmlichen Inventars wirksam untersagen (L. 13. §. 1. C. *arbitrium tutelae* (V. 51), und man ihm dies Recht auch heut zu Tage wenigstens in dem Falle zugestehen, wenn die Aufdeckung des Vermögensstandes schädlich werden kann (arg. L. 2. C. *de alim. pupillo praest.* V. 50. — — — „ne secreta patrimonii et suspectum aes alienum pandatur, quod melius est interim taceri, quam, cum de modo bonorum quaeritur, ultro proferri et apud acta jus dicentis contra utilitatem pupillorum designari.“ — Glück im dreissigsten Bande des Comment. §. 1331 S. 204 fgg.). Auch ist wohl in Particulargesetzen angeordnet, daß eine zum Nachlasse gehörige Handlung nicht eher gerichtlich inventirt werden solle, bis die Aufhebung derselben erfolgt sey (Preuß. Landr. Zweiter Theil Tit. XVIII §. 385.). Allein der Vorlegung eines Privatinventars darf sich der Vormund auf Verlangen der Obervormundschaft nicht

den noch grösseren, welche fast nothwendig mit einer in Fällen dieser Art so leicht möglichen Hemmung des Laufs der Geschäfte verbunden sind. Diesen Nachtheilen und Beschränkungen kann der Testirer also dadurch nicht vorbeugen, daß er seinen Freund und Handlungsgenossen zum Vormunde ernennt, gesetzt auch, daß hierbei lediglich sein Wille in Betracht käme, was man doch noch viel weniger annehmen darf, als im röm. Rechte; hier ist also fideicommissarische Erbeinsetzung (womit denn bei förmlichen Notherben eine exheredatio bona mente zu verbinden ist) ein eben so nahe liegendes als für die meisten Fälle ausreichendes Mittel, um den Wohlstand der Familie zu erhalten.

Und möchten die hier angenommenen Voraussetzungen auch nur in höchst seltenen Fällen zutreffen, — soll darum dem Familienvater ein Mittel entzogen seyn, die Seinigen gegen Verluste und Mangel zu schützen? Aber auch wenn man selber zugeben müßte, daß dieser Zweck sich stets vollkommen so gut durch eine Vormundschaftsernennung erreichen liesse, so würde dadurch noch nichts gegen die Zulässigkeit einer exheredatio bona mente erwiesen seyn. Denn warum soll ein an sich erlaubter Zweck gerade nur auf einem Wege, erreicht werden dürfen? Der freie Wille eines Testirers ist ohnehin gefesselt genug durch positive Rechtsvorschriften, und es thut wahrlich nicht Noth, ihn auch noch einem Doctrinalzwange zu unterwerfen; dies geschieht aber offenbar, wenn man nicht zugeben will, daß er nach seiner Ueberzeugung und nach seinen Wünschen verfahre, weil der

entziehen (Preuß. Landr. a. a. O. §. 386), und bei der Aufnahme desselben wird er doch allemal Sachverständige zuziehen müssen.

von ihm im Allgemeinen gewollte Zweck auch auf einem anderen Wege zu erreichen ist [3]).

Betrachten wir jetzt wieder die oben angeführte Stelle (L. 18. D. h. t.), so ist allerdings nicht zu läugnen, daß sie mit Francke so verstanden werden kann: nach dem Rechte der Pandekten sey jede Enterbung giltig gewesen, wenn dem Notherben nur auf irgend eine Art, namentlich also auch durch ein Fideikommiß, der Pflichttheil hinterlassen worden sey. Allein, wenn der Jurist sagt: Multi non — — exheredant filios, — ut eis obsint, *sed ut eis consulant*, so billigt er dadurch ganz deutlich eine Enterbung, die zum Besten des Notherben gereicht; der Zusatz: utpute impuberibus, iisque fideicommissam hereditatem dant, enthält keineswegs den Ausdruck einer Bedingung, ohne welche eine solche Enterbung durchaus nicht bestehen könne, sondern nur ein Beispiel, wodurch anschaulich gemacht werden soll, daß durch eine Verfügung dieser Art auch für den Notherben gesorgt werden müsse. Dies wird sich am deutlichsten aus anderen Stellen ergeben, in welchen die Enterbung für giltig erklärt wird, auch wenn dem Notherben von der Substanz des Vermögens entweder gar nichts oder doch nur unter einer Bedingung etwas zugewandt ist. Doch soll davon jetzt noch nicht die Rede seyn, wohl aber muß hier hervorgehoben werden, daß bereits in einer Constitution vom dreissigsten März 529, also fast ein Jahr früher, als die Abfassung der Pandek-

3) M. vgl. hierbei die treffenden Bemerkungen Hasse's in Beziehung auf das Bestreben mancher Juristen, die mortis causa donatio dem Legat gleichzustellen, im Rheinischen Museum für Jurisprudenz. Zweiter Jahrgang S. 300 fgg. Dritter Jahrg. S. 1 — 22 u. S. 371 fgg.

ten anbefohlen war, der Grundsatz aufgestellt wurde, daß der Pflichttheil nicht durch Bedingungen, Zeitaufschub und Auflagen irgend einer Art beschwert werden dürfe [4]), und in Gemäßheit dieser Bestimmung erklärte der Kaiser am ersten September 531, mithin länger als zwei Jahre vor Vollendung und Bekanntmachung der Pandekten, daß der Pflichttheil auch nicht durch fideicommissarische Zuwendung hinterlassen werden dürfe, vielmehr in solchem Falle die Restitution gleich nach dem Tode des Testirers erfolgen solle [5]). Wenn nun dennoch, — nicht etwa im Zusammenhange mit anderen Sätzen [6]), sondern in einem eignen Excerpte, die in wohlmeinender Absicht geschehene Enterbung gebilligt wird, weil diese Absicht durch Zuwendung eines Fideicommisses bethätiget sei: so ist es unmöglich, den Inhalt jener Pandektenstelle darum für unanwendbar zu erklären, daß nach Justinians Verordnung der Pflichttheil dem Notherben ohne Aufschub, unbedingt und unbeschwert hinterlassen werden müsse. Vielmehr muß hier die Regel zur Anwendung kommen: das auf besonderen Gründen beruhende Recht geht dem allgemeineren vor (jus speciale derogat generaliori); also: Justinians Bestimmungen über die Art wie der

4) L. 32. C. *de inoff. test.*

5) L. 36. §. 1. C. *de inoff. test.*

6) Denn alsdann könnte man sich hier allenfalls darauf berufen, daß manches Veraltete der Erläuterung und des Zusammenhangs wegen in die Compilation hat angenommen werden müssen. S. Hufeland Regeln für die Auslegung der Justinianeischen Rechtssammlungen nach des Gesetzgebers ausdrücklichen Verordnungen, in dessen Abhandlungen über den eigenthümlichen Geist des römischen Rechts Th. I. Abh. II. Nr. XV. u. das. besonders S. 137 fgg.

Pflichttheil zu hinterlassen und der Notherbe von der Erbschaft auszuschließen ist, so allgemein sie auch ausgesprochen sind, dürfen doch nur auf die gewöhnliche, und daher auch im gemeinen Leben sowohl als in Gesetzen regelmäßig allein gemeinte Enterbung bezogen werden, nicht auf die seltnern, ganz besondere Umstände voraussetzende Enterbungart, welche man die Enterbung aus guter Absicht nennt. Wäre aber auch dies Resultat nicht schon auf historischem Wege zu begründen, sondern lediglich von der Bedeutung die Rede, welche die Pandektenstelle für das neueste Recht haben könnte, so würde es immer das nämliche bleiben. Nicht wenige Stellen in den Pandekten und dem Constitutionen-Codex haben nämlich ihre ursprüngliche Bedeutung verloren; aber, soferne sie ein an sich anwendbares und neueren Vorschriften nicht widerstreitendes Resultat ergeben, gelten sie in dem Sinne, worauf der Ausdruck führt [7]). Betrachten wir nun die L. 18. D. h. t. unabhängig von dem Notherbenrechte der damaligen Zeit, so läßt sich daraus ohne Zwang die Regel ableiten: eine Enterbung gilt, wenn sie aus guter Absicht geschieht und diese Absicht sich aus der Art der Disposition von selbst zu Tage legt, — eine Regel, die ganz unläugbar als besonderes Recht neben den Vorschriften Justinians über das Notherbenrecht bestehen kann. Indessen bedarf es dieser Erklärung hier keineswegs, da es an näher liegenden Gründen nicht fehlt.

2) Eine andere Stelle, worauf die gewöhnliche Theorie sich beruft, ist die L. 25. C. *de inoff. test.*

7) S. meine doctrina Pandectarum §. 65. a. E. u. §. 67. im Text zur Note 4. Vgl. auch v. Savigny über die Lex Cincia in der Zeitschr. für geschichtl. Rechtswissensch. Bd. IV. Heft I. Nr. 1. S. 40 — 59.

Es ist ein Rescript der Kaiser Diocletian und Maximinian, welches so lautet: „Filiis matrem, quae de mariti moribus secus suspicatur [8]), ita posse consulere jure compertum est, ut eos sub hac conditione instituat heredes, si a patre emancipati fuerint, atque eo pacto secundum tabulas bonorum possessionem patrem cum re accipere non videri, qui conditioni minime obtemperaverit, neque ei nomine filiorum inofficiosi eo modo actionem posse competere, quibus nullam injuriam fecerit mater, sed potius putaverit providendum; et ideo restituere debet" [9]). — Hierin findet nun die gemeine Meinung den Grundsatz ausgesprochen: ein Notherbe kann auch unter einer Bedingung, die er sich sonst nicht gefallen lassen dürfte, zum Erben eingesetzt werden, sobald dies zu seinem eigenen Besten geschieht [10]). Francke dagegen sucht Alles daraus zu erklären, daß den Söhnen die ganze Erbschaft für die Zeit hinterlassen sey, da sie die-

8) Haloander liest: secum suspicetur. Der Sinn ist im Wesentlichen der nämliche, nur daß nach der gemeinhin rezipirten Lesart bestimmter ausgedrückt wird, die Testirerin denke nachtheilig über den Character und die Sittlichkeit ihres Mannes.

9) Die Schlußworte: *et ideo restituere debet* hält Francke (a. a. O. S. 427 Note 4) für sinnlos. Doch wird sich aus der unten folgenden Erklärung ergeben, daß sie nicht nur einen sehr guten Sinn geben, sondern ohne sie die kaiserliche Bestimmung auch durchaus ungenügend gewesen seyn würde. Auch die Göttinger Handschr. und alle verglichenen Ausgaben, worunter sich 26 aus den 15ten und 16ten Jahrh. befinden, haben das *restituere debet.* Nur *et ideo* fehlt bisweilen, worauf aber nichts ankommt.

10) s. die Summarien zu dieser Stelle von Bartolus, Baldus u. Jason Maynus (in der glossirten Ausg. des Corp. jur.)

selbe für sich erwerben konnten; woran er denn wieder die Folgerung knüpft, daß, weil das neuere Recht unbedingte Einsetzung der Kinder auch von einer Mutter verlange, die L. 25. C. cit. nicht mehr gelten könne [11].

11) a. a. O. S. 428 fg. — Auch Westphal ist der Meinung, daß diese Entscheidung jetzt wegfalle, weil eine Bedingung, sofern sie dem Pflichttheil beigefügt werde, pro non adjecta zu achten sey, (in der Theorie des Röm. Rechts von Testamenten u. s. w. §. 414. a. E.) — Francke sucht seine Ansicht auch durch die Nov. 117. Kap. 1. zu unterstützen. „Hiernach soll der dem Kinde gebührende Pflichttheil dem Niesbrauch des Vaters gar nicht entzogen werden dürfen, wohl aber die übrige Erbschaft, so daß der Vater weder den Niesbrauch noch die Administration derselben hat." Dadurch habe denn Justinian selbst den Weg gezeigt, welchen die Mutter und mütterliche Ascendenten in solchen Fällen zu wählen haben, und die Bestimmung der L. 25. C. *de inoff. test.* für aufgehoben erklärt (a. a. O. S. 429.). — Enthielte auch die Novelle das wirklich, was Francke darin findet, so würde dies doch der gemeinen Meinung über die bona mente exheredatio nicht den geringsten Eintrag thun, indem ja daneben immer noch, als besonderes Recht, die Möglichkeit einer Verfügung bestehen könnte, wodurch die Kinder und deren Vermögen dem Einflusse der väterlichen Gewalt ganz entzogen werden. Höchsten Falls könnte man sagen: die Novelle bestimmt ein besonderes Recht des Vaters, worüber sich die Testirerin nicht hinaussetzen darf; damit ist ja aber die Befugniß ihr nicht genommen, die Bedingung der Emanzipation der Erbeinsetzung ihrer Kinder beizufügen, und auf diese Weise das Vermögen der väterlichen Administration zu entziehen, — warum es ihr natürlich besonders zu thun seyn muß. — Indessen glaube ich, daß das Gesetz sehr füglich anders verstanden werden kann. Der Kaiser

Allein diese Erklärung ist ganz unmöglich. Denn wenn

wollte darin hauptsächlich den Grundsatz aufstellen: wenn die Mutter oder mütterliche Ascendenten nur das Pflichttheilsrecht ihrer Descendenten nicht verletzten, so könnten sie im Uebrigen disponiren, wie sie wollten, also auch dem Vater den ihm gesetzlich zustehenden Niesbrauch entziehen. In der logischen Anordnung und Verbindung seiner Gedanken ist er freilich, wie gewöhnlich, nicht eben glücklich. Er bestimmt nämlich: wenn die Mutter ihren Kindern den Pflichttheil hinterlassen habe, so dürfe sie den übrigen Theil des Vermögens auch dem einen oder dem andern derselben zuwenden, auch dem Vater den Niesbrauch davon entziehen. Hier scheint nun freilich das argumentum a contrario sehr nahe zu liegen: in Beziehung auf die Legitima der Kinder stehe ihr diese Befugniß nicht zu. Indessen wird dies Argument durchaus unsicher durch die Bestimmung: das nämliche Recht solle auch dritten Personen zustehen („Hoc itaque non solum parentibus, sed etiam omni personae licere praecipimus"). Daß hierbei aber an einen Pflichttheil, im Gegensatze des übrigen Vermögens nicht gedacht seyn kann, bedarf keiner Bemerkung. Darum wurde denn schon von den Glossatoren die Novelle so verstanden: wenn nur das Pflichttheilsrecht der Kinder geschont sey, so könne man sowohl dem Vater den ihm gesetzlich gebührenden Niesbrauch entziehen, als auch andere beliebige Anordnungen treffen (s. die Accursische Glosse zur Novelle 115 und die, vielleicht schon ältere Rubrik: „ut liceat matri a aviae, et aliis parentibus *post legitimam partem liberis derelictam, quomodo valuerint residuam facultatem suam disponere*"), und in diesem Sinne ist denn auch die Authentike zu der Stelle verfaßt, worin dem Vater der Niesbrauch an dem s. g. peculium adventitium bestätigt wird (L. 6. C. *de bonis quae liberis.* VI. 61.): „Excipitur, *quod eis datur, vel relinquitur ab aliquo parentum*, *conditione hac adjecta*, ne ad

gleich durch die Einsetzung blos pflichttheilsberechtigter Erben unter einer nicht potestativen Bedingung kein förmliches Recht verletzt wurde, so konnten sie sich doch, wenn die Bedingung nicht eintrat, über Unbilligkeit beschweren, oder die inofficiosi querela anstellen [12]). Dies ergiebt sich auf das deutlichste aus dem Schlußsatze der L. 25. C. *cit.*, wo in dem zur Frage stehenden Falle die Querel nur darum für unzulässig erklärt wird, weil die Testirerin durch ihre Verfügung den Kindern kein Unrecht zugefügt habe (neque nomine filiorum inofficiosi actionem competere, quibus nullam injuriam fecerit mater) [13]). Bestimmter als durch diese Stelle kann es also

patrem perveniat ususfructus." Auch an anderen gewichtigen Auctoritäten für diese Erklärung fehlt es nicht. S. z. B. Cujacius in exposit. Nov. ad h. l. Mevius in decis. P. VII. decis. 356. Note 2., welcher zugleich bezeugt, daß diese Meinung auch in der Praxis die vorherrschende sey. Daß Viele hierüber anders denken, soll nicht geläugnet werden; so z. B. Glück Bd. VII. des Comment. §. 546. S. 80—85 und die von ihm daselbst Note 3 und 6 angeführten Schriftsteller. Allein, daß er dies nicht auf die bona mente exheredatio bezieht, beweis't seine Ausführung hierüber und die daselbst (S. 260 Note 38) vorkommende Bemerkung, daß Westphal (a. a. O. §. 414.) die L. 25. C. *de inoff. test.* durch die L. 32. *eod.* für aufgehoben erkläre. Und auch andere Vertheidiger der entgegengesetzten Meinung erkennen doch die Unabhängigkeit der bona mente exheredatio von dieser Bestimmung der Novelle an, z. B. Leyser medit. ad Pand. Sp. 92. nr. 1. Hofacker principia jur. civil. Rom. Germ. T. I. §. 580. Nr. I. 2., (vergl. mit §. 1702.) u. A.

12) Vgl. Bd. XXXVI. des Comment. §. 1421 *h.* S. 387.

13) Dies giebt auch der Scholiast zu den Basiliken ausdrück-

wohl kaum anerkannt werden, daß eine testamentarische Verfügung, welche nach allgemeinen Regeln eine Verletzung des Notherbenrechts enthalten würde, dennoch nicht angefochten werden darf, wenn sie zum Besten der Notherben selbst gereicht. Und daß gerade hierin der Grund der Entscheidung zu suchen ist, ergiebt sich zum Ueberflusse auch noch aus den Eingangsworten der Constitution: „Filiis matrem, *quae de mariti moribus secus suspicatur, posse consulere*, jure compertum est“ Also: die Mutter, wenn sie Ursache hat der Gesinnung oder den Sitten ihres Mannes zu mißtrauen, kann zum Besten ihrer Kinder eine Verfügung treffen, wodurch sie das Vermögen dem Einflusse des Mannes entzieht. Hierin ist lediglich der Grund zu suchen, weshalb die mütterliche Disposition für eine zu Recht beständige erklärt wird [14]; nicht, wie Francke glaubt, weil die Testirerin, auch ganz abgesehen von diesem Zwecke, ihren Kindern das gewährt hatte, was sie nach dem früheren Rechte verlangen konnten.

lich als Grund an, weshalb hier die inoff. qu. wegfalle, (nach der im wesentlichen richtigen Uebersetzung von Fabrotus): „Nota etiam heredem scriptum sub conditione casuali, *si nihil ex ea laedatur*, non agere de inofficioso“ (ad Lib. XXXIX. Tit. I. Fr. 54. Schol. f. a. E. T. V. p. 266.).

14) S. das Schol. *e*. Basilic. l. l., welches nach der Fabrotischen Uebersetzung so lautet: „Vel quod sit dissolutis moribus praeditus (pater), vel quod filios odio prosequatur, vel qua alia justa causa. *Constitutio viam excogitavit, qua matres liberorum utilitati prospicerent.*“ — Vgl. auch Stryk usus mod. Pand. Lib. XXVIII. Tit. II. §. IX. nr. III.

Auch der übrige Inhalt der Stelle entspricht den sonst bekannten Rechtsgrundsätzen vollkommen. — Das Rescript ist aus einer Zeit, wo dem Vater noch regelmäßig die seinen Hauskindern angefallenen Erbschaften erworben wurden. Zwar wurde das Erbrecht zunächst als das des Kindes behandelt, dieses mußte die Erbschaft selber antreten [15]), und ein unmittelbarer Einfluß darauf stand dem Vater nicht zu [16]), weshalb denn auch ein für das Kind begründetes Recht der Querel weder ohne dessen Willen von dem Vater angestellt werden konnte, noch auf denselben transmittirt wurde, wenn das Kind vor Durchsetzung derselben mit Tode abgieng [17]). Nur als Vertreter der Rechte des Kindes konnte der Vater hier handeln [18]), und als solcher dann freilich auch eine bonorum possessio agnosciren. Dies nun war in dem vorliegenden Falle geschehen, die Kaiser entscheiden aber,

15) S. Bd. XXXV. des Comment. §. 1421 *e.* S. 473.

16) L. 11. in f. C. *de jure delib.* (VI. 30.). „Renitente te pater tuus — — — — neque hereditarios manumittendo servos his praestare libertatem potuit."

17) L. 8. pr. D. *de inoff. test.* — — „inofficiosi querelam patrem filii sui nomine instituere non posse invito eo, *ipsius enim injuria est*; — — si filiusfamilias — — decesserit, finitam esse inofficiosi querelam, *quae non patri, sed nomine dabatur filii.*" — L. 22. pr. *eod.* (s. die folg. Note).

18) L. 22. pr. D. *de inoff. test.* „Filius non impeditur, quo minus inofficiosum testamentum matris accuset, *si pater ejus legatum ex testamento matris acceperit*, vel adiisset hereditatem, quamquam in ejus esset potestate, nec prohiberi patrem, *jure filii accusare*, nam indignatio filii est."

daß die B. P. weder cum re seyn, noch der Vater Namens der Kinder die inofficiosi querela anstellen könne, jenes nicht, weil die Bedingung der Erbeinsetzung unerfüllt geblieben sey, dieses nicht, weil die Mutter durch ihre Verfügung kein Unrecht zugefügt habe; er müsse daher jeden Falls die Erbschaft restituiren.

Wie ist dies nun aber zu verstehen? Ich erkläre mir die Sache so: wer unter einer Bedingung eingesetzt war, erhielte einstweilen eine secundum tabulas bonorum possessio [19]. Diese war nicht gerade nothwendig mit dem Besitze des Vermögens verbunden, sondern sie gewährte Erbrecht, wie die hereditatis aditio [20]. Doch konnte auch derjenige, welcher aus einer bedingten Erbeinsetzung die B. P. agnoscirte, noch pendente conditione den Besitz des erbschaftlichen Vermögens erhalten, oder, falls er ihn schon hatte, behalten [21], und darum

19) L. 23. pr. D. *de heredit. instit.* (XXVIII. 5.). L. 2. §. 1. L. 5. pr. L. 10. D. *de B. P. s. tab.* (XXXVII. 11.).

20) L. 3. §. 1. D. *de bonorum possessionib.* (XXXVII. 1.) „Hereditatis bonorumve possessio — — — est juris magis quam corporis possessio.

21) L. 3. §. 2. D. *de B. P.* „Bonorum possessionem recte definiemus: jus persequendi retinendique patrimonii sive rei, quae cujusque, cum moritur fuit.“ — Es konnte daher auch der, welcher aus einer bedingten Erbeinsetzung B. P. agnoscirt hatte, gleich einem Erben, giltig veräußern: L. 23. D. *de heredit. instit.* — — „bonorum possessionem agnoscere potest, et *tamquam heres distrahere hereditatem.*“ — Es kann sehr wohl seyn, daß (wie die Glosse und Cujacius ad h. l. annehmen) diese Stelle sich ursprünglich auf das Edict bezog, welches von verschuldeten Erbschaf-

mußte er denen, welche durch das Wegfallen der Bedingung ein Recht erhielten, eine Sicherheit der Restitution halber bestellen [22]. Nichts destoweniger war die B. P. sine re, so lange die Bedingung noch nicht erfüllt war, d. h. es blieb noch die Möglichkeit, daß der Bonorum possessor von dem erbschaftlichen Vermögen durch einen Näherberechtigten ausgeschlossen werde [23]. In dem vorliegenden Falle konnte sie aber auch für den Vater nie cum re werden, d. h. wenn er gleich sonst die den Hauskindern deferirten und gehörig angetretenen Erbschaften

ten und der Sicherstellung der creditorischen Rechte an denselben handelte, und auch durch den Ausdruck: *distrahere* bona scheint dies unterstützt zu werden. Indessen hat ja dieser Ausdruck sehr häufig auch ganz allgemein die Bedeutung von Veräussern, ohne daß dabei an ein verschuldetes Vermögen gedacht werden darf (Brissonius de V. S. v. *distrahere*), und da einem solchen Bonorum possessor das Recht zugestanden wird, über erbschaftliche Sachen einen Prozeß zu führen, überdies der eventuell Berechtigte ja durch die Caution (s. die folg. Note) hinreichend sicher gestellt ist, so darf die L. 23. D. *de heredib. inst.* wohl so allgemein verstanden werden, wie sie jetzt lautet.

22) L. 12. D. *qui satisdare cogantur* (II. 8.). L. 8. pr. D. *de stipulat. Praetoriis* (XLVI. 5.).

23) *Ulpiani* Fragmenta Tit. XXVIII. §. 13. „Bonorum possessio aut cum re datur, aut sine re; cum re, cum is, qui accepit, *cum effectu bona retineat*; sine re, cum alius jure civili *evincere hereditatem possit*." Also: die B. P. konnte sine re seyn, und dennoch der bonorum possessor den Besitz des Vermögens erhalten haben; denn sonst würde von einem Zurückbehalten, oder aber von einer Eviction der Ebschaft nicht haben die Rede seyn können.

erwarb, so mußte er hier doch allemal das restituiren, was in Folge der B. P. oder auf anderem Wege von dem Vermögen der Testirerin in seine Hände gekommen war. Aber wem soll nun die Restitution geschehen? Die Glosse antwortet: den Kindern[24]. Und in der That muß man annehmen, die Mutter habe durch ihre Verfügung dafür gesorgt, daß den Kindern das Vermögen zu Gute komme, weil ja sonst nicht hätte gesagt werden können: sie habe ihnen kein Unrecht zugefügt, vielmehr das Beste derselben befördert. Schwierigkeit macht es hierbei freilich, zu bestimmen: auf welche Art denn die Kinder zur Erbschaft gelangen konnten? Sie waren unter der Bedingung eingesetzt, wenn sie vom Vater würden emanzipirt worden seyn. Die von diesem angenommene Bonorum possessio soll keine wirksame seyn, weil die Bedingung der Erbeinsetzung nicht erfüllt ist. Daraus scheint denn von selbst zu folgen, daß auch die Kinder nicht anders, als durch Erfüllung der Bedingung zur Erbschaft gelangen können. Aber wie ist diese zu bewirken? Allerdings gab es einen Zwang zur Emanzipation, aber daß dieser nicht eines jeden, für die Kinder dadurch zu erreichenden Vortheils halber eintreten konnte, ist gewiß. Nach den Stellen, welche wir hierüber haben, war in folgenden Fällen ein Zwang zulässig: 1) wenn der Vater unter der Bedingung, seine Kinder zu emanzipiren, zum Erben eingesetzt, oder ihm unter gleicher Bedingung ein Vermächtniß hinterlassen, und Erbschaft oder Vermächtniß von ihm angenommen war[25], was

24) Glossa Acc. *debet.* ad L. 25. C. de inoff. test. — Auf gleiche Weise *Cypr. Regn. ab* Oosterga comment. in Cod. ad h. l.

25) Pauli sent. rec. Lib. IV. Tit. 13. §. 1. L. 92. D. *de*

dann, ungeachtet mancher Widersprüche, auch auf den Fall ausgedehnt wurde, wenn einem Vater die Freilassung seiner Kinder fideicommissarisch aufgetragen war[26]. 2) Wenn ein Adoptivsohn die Emanzipation nachsucht, und die Adoption erweislich mit nachtheiligen Folgen für ihn verknüpft ist[27]. 3) Wenn das Kind vom Vater schlecht behandelt wird[28]. 4) Wenn ein Ascendent seine Enkel unter der Bedingung zu Erben einsetzt, daß sie von ihrem, wegen seiner Prodigalität ausgeschlossenen

condit. a demonstr. (XXXV. 1.) verb. „Sic deinde hoc accipiendum, quemadmodum si sub conditione liberorum emancipandorum ei fuisset legatum." u. s. w.

26) L. 92. D. *de condit. a demonstr.* init. — L. 114. §. 8. D. *de leg.* I. „Sed si liberos suos emancipare rogatus fuerit, non cogitur hoc facere; *potestas enim patria inaestimabilis est*;" d. h.: es handelt sich hier nicht um ein Vermögensobject; wie wenn der Testirer dem Erben aufträgt, eine Sache zu restituiren, oder einen Sklaven zu manumittiren. Daß übrigens diese strenge Ansicht verworfen wurde, ergiebt sich aus der L. 92. D. *de cond. et demonstr.*, wo Ulpian zuerst sagt: er habe selbst erklärt, daß ein solcher Auftrag keine petitio fideicommissi (also eine Klage auf Erfüllung) von Seite der Kinder rechtfertige, „neque enim Praetor fideicommissarius eos ad libertatem tuetur, *ut servos*." Indessen fügt er hinzu: „arbitror tamen, extra ordinem debere constitui, eum, qui agnoverit quod sibi relictum est hac contemplatione, ut liberos emanciparet, cogendum emancipare." — Vgl. *Gerl.* Schelltinga diss. de emancipationib. P. I. cap. V. §. 7. (in Fellenbergii Jurisprudentia antiqua T. II. p. 513 sq.)

27) L. 32. L. 33. D. *de adoptionib. et emancipat.* (I. 7.).

28) L. ult. D. *si quis a par. manumissus* (XXXVII. 12.).

Vater emanzipirt werden[28 a]). — Außerdem giebt es noch eine Stelle, nach welcher der Vater genöthigt werden kann, ein dem Sohne unter ähnlicher Bedingung, (si in potestate esse desiisset) hinterlassenes Fideicommiß noch vor dem Eintritt der Bedingung, also während der Dauer der väterlichen Gewalt, dergestalt zu restituiren, daß der Vater durchaus kein Recht an demselben behält, weil er das Vermögen durchzubringen anfieng, also zum Nachtheil des fideicommissarischen Rechts handelte („cum — — — multa in fraudem fideicommissi fieri probaretur“ —)[29]). — Auf ähnliche Weise könnte denn auch in unserem Falle den Kindern allenfalls geholfen werden, d. h., da die mütterliche Verfügung doch eigentlich nur bezweckt, das Vermögen den Kindern unabhängig von dem Einflusse der väterlichen Gewalt zuzuwenden und diese Disposition ja ebenfalls auf der (versteht sich, erweislichen) Voraussetzung beruht, daß das Vermögen in den Händen des Vaters gefährdet seyn würde: so könnte man die Kinder für berechtigt halten, die Auslieferung des mütterlichen Vermögens zu fordern, auch ehe noch die Bedingung der Emanzipation erfüllt ist. Consequenter aber ist es freilich, einen Zwang zur Emanzipation wider den Vater eintreten zu lassen und in unseren Rechtsquellen findet sich auch nichts, was diesem widerspräche. Nirgends wird die Zwangsemanzipation auf die genannten Fälle beschränkt, sondern die Entschei-

28 a) L. 16. §. 2. 3. D. *de curatorib. fur. et al. dandis* (XXVII. 10.). — S. die unten (S. 431 fg.) folg. Erklärung dieser Stelle.

29) L. 50. D. *ad Sct. Treb.* (XXXVI. 1.). — S. Cujacius in Lib. XI. Quaest. *Papiniani* (ed. Neapol. P. IV. p. 314 sq.).

dung darüber wird dem richterlichen Ermessen anheim gegeben[30]), woraus man denn schliessen darf, daß die angeführten Fälle blos als Beispiele anzusehen sind, und nur um unbedeutender Ursachen willen ein solcher Zwang nicht eintreten soll. Fände also in dem vorliegenden Falle der Richter die Gründe, welche die Mutter zu ihrer Verfügung bestimmten, erheblich genug, so würde der Vater zur Emanzipation gezwungen werden können, und, falls er sich weigert, eine richterliche Freisprechung die Stelle der väterlichen Emanzipation vertreten müssen[31]). Im entgegengesetzten Falle aber würde die mütterliche Verfügung nicht zu Recht bestehen können, mithin das Recht des Vaters unangetastet bleiben, und zwar entweder die Intestaterbfolge eintreten, oder die inofficiosi querela wider das Testament begründet seyn[32]), je nachdem die Kinder allein zu Erben eingesetzt sind, oder Miterben, oder auch Substituten erhalten haben.

30) L. 92. D. *de cond. et dem.* verb. „Arbitror tamen, extra ordinem debere constitui" u. s. w. — Ausgeschlossen ist dies Arbitrium des Testirers auch nicht in dem, dem hier zur Frage stehenden sehr ähnlichen Falle der L. 16. §. 2. 3. *de curat. fur. dand.* (s. unten S. 431 fg.)

31) arg. L. 26. §. 7. L. 28. §. 4. D. *de fideic. lib.* (XL. 5.) und L. 15. C. *eod.* (VII. 4.). — L. 16. in f. D. *de cur. fur. dand.* — Vgl. *H.* Donelli comment. de jure civ. Lib. II. c. 26. §. 21. d. Ausg. von König. — Von selbst versteht sich, daß alsdann der Vater auch kein Recht an dem Vermögen hat. arg. L. ult. D. *si quis a par. manumiss.* (XXXVII. 12.).

32) d. h. nach dem älteren Rechte. Nach dem neueren Rechte würde die Einsetzung der Kinder als unbedingte bestehen. S. oben S. 216 dieses Bandes.

Die L. 25. C. *cit.* nun hält die Verfügung für gerechtfertigt, da sie indessen von einer inofficiosi querela spricht, so glauben Manche, daß die Mutter Miterben oder Substituten ernannt habe [33]. Dies ändert im wesentlichen Resultate nichts; nur würden alsdann auch jene die Restitution der Erbschaft vom Vater verlangen können [34].

Uebrigens finde ich die großen Schwierigkeiten, welche diese Stelle darbietet, von den meisten Interpreten, die ich vergleichen konnte, kaum berücksichtiget [35], und daß sie sämmtlich durch den gegenwärtigen Auslegungsversuch beseitiget seyen, soll keineswegs behauptet werden. Das Resultat aber, worauf es hier hauptsächlich ankommt, steht nichts destoweniger fest, daß eine testamentarische Disposition, welche unter anderen Umständen eine Beschwerde für die Notherben begründen würde, gerechtfertigt erscheint, wenn ihr die Absicht zu Grunde liegt,

33) Z. B. Westphal von Testamenten u. s. w. §. 414. S. 308.

34) Eine Aeusserung des Scholiasten der Basiliken (T. V. p. 266. Schol. *d*) welche Fabrotus so übersetzt: „ideoque nec b. p. sec. tab. petit pater, nec de inofficioso agit eorum nomine, — — *sed hoc ipsi sunt facturi post emancipationem*," — darf wohl nur auf das Recht der Kinder, die sec. tab. B. P. nachzusuchen, bezogen werden. Wenigstens würde es nicht consequent seyn, den Kindern ein selbstständiges Impugnationsrecht gegen das Testament zuzugestehen, welches in einer anderen Beziehung, aus dem Gesichtspuncte, daß es zu ihrem eigenen Besten gereiche, für giltig erklärt ist. (Vgl. unten Note 39.).

35) Am vollständigsten finden sich die verschiedenen Puncte, worauf es bei Erklärung dieser Stelle ankommt, wenigstens angedeutet in der Accursischen Glosse.

dem Notherben das ihm gesetzlich gebührende Recht zu sichern, und dieser Zweck auch durch die Art der Verfügung erreicht werden kann.

3) Eine dritte Hauptstelle ist die L. 16. D. *de B. P. c. t.* (XXXVII. 4.) „*Pomponius* Lib. IV. ad *Sabinum.* Si emancipatus filius nepoti in potestate avi relicto ab extraneo herede fideicommissariam hereditatem, si liberatus avi potestate fuisset, reliquisset, *si suspectus avus* sit, quasi consumturus bona nepotis, non esse ei dandam bonorum possessionem."

Von dieser Stelle ist schon an einem anderen Orte die Rede gewesen [36]). Sie spricht nur dem Grosvater das Recht der contra tab. B. P. ab, und so könnte man denn vielleicht mit Francke annehmen, daß eben dadurch dem Notherben selber (dem Enkel) die ihm doch eigentlich gebührende B. P. [37]) wider das Testament als ein unabhängiges Recht zugestanden worden, mithin aus dieser Stelle nur herzunehmen sey, daß dem Vater in ähnlichen Fällen zur Sicherheit des Kindes seine Rechte, d. h. die Administration und der Niesbrauch entzogen werden könnten [38]). Indessen folgt ja daraus, daß der Grosvater von der B. P. ausgeschlossen ist, noch keineswegs ein Recht des Enkels auf dieselbe, es muß vielmehr diese Schlußfolgerung verworfen werden, weil es ja im höchsten Grade

36) S. oben §. 1421. S. 75. Not. 95. dieses Bandes, und über das Recht eines solchen Kindes, seinen Vater zu beerben, ebendas. S. 57. a. E. — 59.

37) L. 6. D. *si tab. test. nullae exstab.* (XXXVIII. 6.). — Vgl. oben Note 16 fgg.

38) Francke a. a. O. S. 430 fg.

inconsequent seyn würde, aus dem nämlichen Grunde das Testament für giltig und wirksam zu erklären, aus welchem man auch eine Anfechtung desselben zuläßt. Denn der einzige Grund, worauf die contra tab. B. P. gestützt werden könnte, wäre die Präterition des Notherben; und doch soll eben durch diese Präterition die Ausschließung des Grosvaters gerechtfertigt werden! Allerdings läßt sich der Fall denken, daß die gute Absicht des Testirers, in Beziehung auf die Ausschließung des Vaters oder Grosvaters seiner Notherben gerechtfertigt erscheint, nichtsdestoweniger aber die Verfügung eine Beschwerde für die letzteren enthält. Im Grunde kann man alsdann gar nicht mehr von einer gegen die Notherben an den Tag gelegten guten Absicht sprechen, indem diese aus dem Inhalte der Verfügung selbst erhellen muß. Dennoch könnte die testamentarische Disposition eine Veranlassung werden, entweder einen Zwang zur Emanzipation eintreten zu lassen, oder doch in Beziehung auf diese Erbschaft den Kindern ein selbstständiges, von dem Einflusse der väterlichen Gewalt unabhängiges Recht zuzugestehen[39]. Allein dies ist doch etwas ganz andres, als wenn man annimmt, daß dasselbe Testament zu Recht bestehe, weil es eine zum Besten der Notherben gereichende Verfügung enthält, und zugleich umgestoßen werden könne, weil darin eine Rechtsverletzung für dieselben liegt. So hat es denn gewiß die überwiegenden Gründe für sich, wenn man auch die L. 16. *de B. P. c. t.* nicht blos von einer Befug-

39) Auf diese Weise könnte dann freilich mittelbar ein unabhängiges Impugnationsrecht des Testaments durch dieses selbst begründet werden. Ob der Scholiast der Basiliken (s. die Note 34) an einen solchen Fall dachte, lasse ich dahin gestellt seyn.

niß versteht, dem Vater des Notherben die ihm an dem Vermögen desselben zustehenden Rechte zu entziehen, sondern darin eine Bestätigung der gewöhnlichen Ansicht über das Recht der exheredatio oder praeteritio bona mente findet[40]), und so ist denn auch hier die Bestimmung der Novelle 117 Kap. 1, worauf Francke wieder ein besonderes Gewicht legt[41]), — wie man dieselbe auch verstehen mag, ohne wesentlichen Einfluß.

4) L. 12. §. 2. D. *de bonis libertor.* (XXXVIII. 2.) *Ulp.* Lib. XLIV. *ad edict.* — „Si quis non mala mente parentis exheredatus sit, sed alia ex causa, exheredatio ipsi non nocet; utputa pone furoris causa exheredatum eum, vel ideo, quia impubes erat, heredemque rogatum ei restituere hereditatem." — In der Regel war der vom Vater Enterbte auch von der Verlassenschaft des väterlichen Freigelassenen ausgeschlossen[42]); doch blieb ihm dies Recht, wenn er unverdient enterbt war[43]), folglich auch, wenn die Enterbung nur den Zweck hatte, sein eigenes Beste zu befördern[44]).

40) So hat man denn auch von jeher die Stelle gewöhnlich verstanden. S. die oben S. 75. Note 95. dieses Bandes angeführten Schriftsteller. — Auch der Scholiast zu den Basiliken sagt ausdrücklich, daß diese Stelle auf ähnliche Art, wie die L. 25. C. *de inoff. test.* erklärt werden müsse, folglich die Verfügung ihrem ganzen Inhalte nach für giltig zu halten sey („*ipsi* — *nepoti* — *servatur fideicommissum in tempus emancipationis*"). Schol. *s. t.* ad h. l. Tom. V. p. 316.

41) a. a. O. S. 431.

42) L. 10. L. 11. L. 12. D. *de bon. libertor.* (XXXVIII. 2.).

43) Vgl. L. 12. §. 3. 4. D. *de bonis libertor.*

44) Ausser der im Text angeführten Stelle gehört hieher auch

Nach Francke's Behauptung soll nun eben nichts weiter als dies in der Stelle liegen, daß nur der zur Strafe verdienter Weise Enterbte sein Recht gegen die Freigelassenen des Vaters verloren habe, nicht aber auch die Anerkennung der exheredatio bona mente, als eines eigenthümlichen Instituts [45]; und dies sucht er dann wieder durch die Bemerkung zu begründen, daß ja der Vater nach dem Pandektenrechte sein Kind aus jedem beliebigen Grunde habe enterben dürfen, wenn er ihm nur durch Vermächtnisse seinen Pflichttheil hinterlassen, was hier durch Anordnung eines Universalfideicommisses geschehen sey. — Hätten wir nur die eine Stelle über das Recht der b. m. exheredatio, so möchte man diese Erklärung allenfalls gelten lassen. Indessen ist schwer zu glauben, daß die Uebereinstimmung der Ausdrücke, wie der Beziehungen, in dieser und in anderen Stellen eine blos zufällige sey. Lag hierbei nichts Eigenthümliches zu Grunde, sondern blos die Anwendung des damals geltenden Notherbenrechts, wie konnte alsdann darauf etwas ankommen, daß die Enterbung non mala mente, oder non notae gratiae, erfolgt, — daß der Enterbte unmündig oder wahnsinnig sey —, worauf doch offenbar ein Gewicht gelegt wird. Und wenn Francke dies lediglich dadurch zu erklären sucht, daß der, welcher zur Strafe seiner Schlechtigkeit von der väterlichen Verlassenschaft ausgeschlossen sey, das

noch die L. 47. pr. D. *de bonis libertor.* „*Paul. Lib. XI. Resp.* Paulus respondit: exheredationem nepotis, quae non notae gratia, sed alio consilio adjecta esset, nocere ei non oportere, quo minus contra tabulas libertorum avi bonorum possessionem petere possit."

45) a. a. O. S. 432 fg.

Erbrecht gegen Freigelassene des Vaters verliere, — so ist doch gewiß nicht anzunehmen, daß in allen Stellen, wo von elterlichen Dispositionen dieser Art die Rede ist, gerade an dies specielle Recht gedacht worden sey, was ja auch in Beziehung auf ein Testament der Mutter schon gar nicht möglich ist. Viel näher liegt es daher, Aeußerungen über die aus guter Absicht erfolgten Enterbungen, auch wenn sie in solchen Stellen vorkommen, welche von dem Erbrecht an dem Vermögen eines Freigelassenen handeln, auf ein allgemeines Recht zu beziehen, folglich darin eine Bestätigung des Grundsatzes zu finden, daß Notherben sich nicht für beschwert erachten können, wenn sich die Verfügung aus dem Gesichtspunkt einer exheredatio bona mente betrachten läßt[46].

Was Francke bei dieser Gelegenheit noch wider ein Testament sagt, worin einem wahnsinnigen Notherben nur die Alimente hinterlassen sind, ohne daß auf den Fall seiner Genesung besser für ihn gesorgt ist, gehört eigentlich gar nicht hieher, da man eine solche Disposition, wenn sie auch noch so gut gemeint ist, in der Regel schwerlich für eine bona mente exheredatio halten darf (s. unten Note 49.). Eben so wenig kann ich es zugeben, daß der Testirer durch seine Anordnung eine vormundschaftliche Administration doch nicht vermeiden könne, weil dem Blödsinnigen ja jedenfalls ein Curator ernannt werden müsse (S. 434 fg.). Letzteres hat seine Richtigkeit; allein da-

46) So drücken die Basiliken den Sinn unserer Stelle auch geradezu dahin aus: „Si filium meum non mala mente exheredavi, non laeditur: forte enim furiosus erat, aut impubes, et rogavi heredem, ut ei restitueret“ (Ausg. und Uebersetzung von *Gail. Otto* Reitz in Meermani thesaur. jur. civ. et can. T. V. p. 21.).

durch erhält der Curator ja noch keine Vermögensverwaltung, sondern er hat nur dafür zu sorgen, eines Theils, daß die dem Wahnsinnigen festgesetzten Alimente gehörig ausgezahlt und verwandt werden, andern Theils, daß sein Recht an der Substanz des Vermögens sicher gestellt werde und bleibe. Und wenn Francke frägt: welchen Vortheil will man für den Blödsinnigen dadurch erreichen, daß man ihm seinen Pflichttheil schmälert oder entzieht, — wie kann man behaupten, daß derselbe dadurch gewinne, wenn das ihm Gebührende ihm genommen wird, — welchen Nachtheil soll es hervorbringen, wenn man beim Blödsinnigen das gewöhnliche Recht eintreten läßt, — so antworte ich auf alle diese Fragen Folgendes: daß Gründe eintreten können, welche es räthlicher machen, auf andere Art für sein Kind zu sorgen, als dies durch eine Obervormundschaft zu geschehen pflegt, ist sicher nicht zu bezweifeln; oder fehlt es etwa so ganz an Beispielen, daß Pupillen und Curanden durch obrigkeitlich angeordnete Vormünder um das Ihrige gebracht wurden? Daß aber auch eine bona mente exheredatio ein angemessener Ausweg seyn könne, um das Kind und seine Rechte zu sichern, ist eben so wenig mit Grund zu bezweifeln [47]). Es läßt sich z. B. mit großer Wahrscheinlichkeit annehmen, daß Jemand seiner verwandtschaftlichen Verhältnisse wegen, und da er im Allgemeinen ein günstiges Vorurtheil für sich hat, zum Curator des Blödsinnigen ernannt werden wird; der Vater des Blödsinnigen aber hat seine guten Gründe, ihm nicht zu vertrauen, um so weniger, da derselbe der nächste Intestaterbe des Kindes ist, jedoch halten Familienrücksichten des Testirers ab, ihn von der

47) M. vgl. was oben (S. 401 fgg.) bereits über diesen Gegenstand gesagt ist.

Curatel auszuschließen. Er setzt also einen redlichen, uneigennützigen Freund zum Erben seines gesammten Vermögens ein, unter der Bedingung, sich des Blödsinnigen väterlich anzunehmen, für dessen Alimentation und Verpflegung zu sorgen, im Falle er aber seine Gesundheit wieder erhalten würde, ihm die Erbschaft ungekürzt zu restituiren. — Francke wird sagen: er darf ja nur dem Kinde seinen Pflichttheil hinterlassen, und dann wegen des übrigen Theils so disponiren, wie hier angenommen wird! — Allerdings, dies kann er; allein warum soll er den Pflichttheil Preis geben, und — wären seine Besorgnisse auch übertrieben, vielleicht ganz ungegründet — warum soll er einen Weg nicht einschlagen dürfen, auf welchem nach seiner Ueberzeugung für Leben, Gesundheit und Vermögen des Kindes am besten gesorgt wird und wobei dieses auf keinen Fall gefährdet ist? — Aber der Blödsinnige hat doch ein Recht auf unbedingte Zuwendung des Pflichttheils, wird man vielleicht erwiedern, und dieses Recht wird ihm ja entzogen, wenn Verfügungen der gedachten Art gelten sollen! — Also, um demselben ein Recht zu erhalten, welches ihm, so lange der Zustand des Blödsinns dauert, durchaus unnütz ist, soll es den Eltern nicht gestattet seyn, ihr Kind gegen Gefährde zu sichern? Daß es gegen solche Rechte einen Schutz giebt für Unmündige oder Wahnsinnige, ist gewiß eine sehr wohlthätige Einrichtung! Und gesetzt auch, der Testirer hätte dem eingesetzten Erben nicht die Restitution des Ganzen zur Pflicht gemacht, — warum soll es ihm auf diesem Wege nicht eben so gut, wie auf dem anderen freistehen, über einen Theil seines Vermögens frei zu verfügen, — warum soll er durchaus genöthigt seyn, einen Theil des Vermögens Preis zu geben, um den

andern für sein Kind zu erhalten? Ueberdies kann er ja sein Hauptaugenmerk gerade darauf gerichtet haben, daß der Blödsinnige während der Dauer dieser Krankheit gar kein eigentliches Vermögen habe, um ihn gegen persönliche Nachstellungen von Seite derer, welche ihn zu beerben hoffen, besser zu sichern. Man wende auch hiergegen nicht ein, daß eine übertriebene Aengstlichkeit und Vorsicht, die bloße Möglichkeit, daß eine Gefahr für das Kind und dessen Rechte eintreten könne, rechtlich keine Berücksichtigung verdienen. Giebt man nur zu, daß auf die Weise persönliche Gefahr und Vermögensverlust abgewendet werden **könne**, so ist einer solchen Verfügung dadurch auch der Charakter einer aus guter Absicht erfolgten zugestanden. Die Seltenheit der Fälle kann dagegen eben so wenig in Betracht kommen, als die Möglichkeit, daß sich der nämliche Zweck auch auf dem gewöhnlichen Wege hätte erreichen lassen.

Aber freilich ist eine andere Frage: wie weit der Testirer in der Entziehung oder Beschränkung des dem Notherben regelmäßig zustehenden Rechts gehen dürfe? Daß eine wohlmeinende Absicht hierbei zu Grunde liege, darf sich nicht verkennen lassen, und in dieser Hinsicht sind denn die besonderen Umstände des Falles und die persönlichen Verhältnisse besonders zu berücksichtigen, z. B. ob der Notherbe Kinder habe oder nicht? Im ersten Falle würde ich **regelmäßig** zur Giltigkeit der Disposition erfordern, daß auch die Kinder nicht unberücksichtiget bleiben, — ihnen z. B. auf den Fall, daß ihr Vater im Wahnsinne sterben würde, das Vermögen oder ein Theil desselben zugewandt werde[48]. Denn aus dem

48) Arg. L. 16. §. 1. u. 2. D. *de curatore furioso et aliis extra minores dando* (XXVII. 10.).

Inhalte der Verfügung soll erhellen, daß der Testirer eine liebevolle Gesinnung gegen die Seinigen hege und durch seine Disposition hauptsächlich deren Bestes zu befördern gesucht habe; nun sind zwar die Kinder des Blödsinnigen nicht Notherben der Eltern desselben, allein daß Liebe zu dem Sohne den Testirer geleitet habe, wenn er mit gänzlicher Uebergehung der Eltern einem Dritten sein Vermögen zuwendet, wird mindestens immer sehr zweifelhaft bleiben. Allerdings kann er gute Gründe haben, auch die Enkel auszuschließen; aber diese Gründe muß er angeben, und sie müssen als wahr befunden werden, sonst wird das Testament für giltig nicht gehalten werden können, — nicht weil der Testirer hier förmliches Notherbenrecht verletzt hat, sondern, weil die gute Absicht aus der Disposition nicht ersichtlich ist. Und auch wenn der Blödsinnige keine Kinder hätte, kann es doch für eine bona mente schwerlich gehalten werden, wenn demselben, mit gänzlicher und unbedingter Ausschließung von der Substanz des Vermögens, nur die Alimente hinterlassen sind [49]. Denn wie läßt sich behaupten, daß für das Beste des Notherben gesorgt sey, wenn er auch für den Fall, daß er seine geistige Gesundheit wieder erhalten werde, noch von der Substanz des Vermögens ausgeschlossen ist?

Francke unterstützt aber seine Behauptung, daß dem Blödsinnigen der Pflichttheil sofort und unbedingt

49) Dies hält man gewöhnlich zwar für genügend; m. s. *Jo.* Schulte diss. de exhered. bona mente S. II. §. 16. Glück a. a. O. S. 255. Nr. B. 1. a. Allein so allgemein darf dies nicht zugegeben werden, da doch die Wirkung der b. m. exheredatio mit ihrem Zwecke nicht im Widerspruche stehen darf. M. vgl. weiter unten.

zu hinterlassen sey, auch noch durch einen besonderen Grund. Er beruft sich nämlich darauf, daß Justinian den testirenden Eltern die s. g. Quasipupillar-Substitution ausdrücklich nur gestattet, wenn sie ihren Kindern den Pflichttheil hinterlassen[50]. — Ich glaube nun zwar, daß der Kaiser damit nur sagen wollte: Wer seinem wahnsinnigen Kinde einen Erben ernennen will, muß vor allen Dingen seine Pflicht gegen dasselbe erfüllen; damit würde also immer noch die Zulässigkeit einer *bona mente exheredatio*, und was dieser gleich steht, zu vereinigen seyn. Indessen will ich gerne zugeben, daß diese Vorschrift buchstäblich anzuwenden sey; immer aber ist hier doch nur von einer Bedingung der s. g. Quasipupillar-Substitution die Rede, was sich doch nicht so ohne Weiteres auf die testamentarischen Verfügungen über das eigene Vermögen des Erblassers beziehen läßt.

5) Eine Hauptstelle für die bona mente exheredatio ist die L. 16. D. *de curatorib. furioso et aliis dandis* (XXVII. 10.) aus dem dreizehnten Buche der Disputationen von Tryphoninus. Die Stelle mag hier ganz stehen, da sich so am besten die Bedeutung erkennen läßt, welche sie für unsere Lehre hat; was hierauf allein zu beziehen ist, soll besonders hervorgehoben werden[51]:

50) L. 9. C. *de impuber. et al. substit.* (VI. 26.) — „liceat parentibus, *legitima portione ei vel eis relicta*, quos voluerint his substituere."

51) Bei dem im Texte folgenden Abdrucke der Stelle liegt eine freie Auswahl unter den vorhandenen Varianten zu Grunde; denn die einzelnen Abweichungen sind auf den Sinn meistens ohne Einfluß, und nur die Variante am Schluß (propter *aliquod*, st. aliquid, und forte suum *judicium* (st. vitium) einer besonderen Beachtung werth.

„Si furioso puberi, quamquam majori annis viginti quinque, curatorem pater testamento dederit, eum Praetor dare debet, secutus patris voluntatem; manet enim ea datio curatoris apud Praetorem, ut rescripto D. Marci continetur. (§. 1.). His consequens est, ut, si prodigo curatorem dederit pater, voluntatem ejus sequi debeat Praetor, eumque dare curatorem. Sed utrum omnimodo, an ita, si futurum esset, ut, nisi pater aliquid testamento cavisset, Praetor ei bonis interdicturus esset? et maxime si filios habeat iste prodigus? (§. 2.) *Potuit tamen pater et alias providere nepotibus suis, si eos jussisset heredes esse, et exheredasset filium, eique quod sufficeret alimentorum nomine ab iis certum legasset, addita causa necessitateque judicii sui, aut, si non habuit in potestate nepotes, quoniam emancipato jam filio nati fuissent, sub conditione eos heredes instituere, ut emanciparentur a* p a t r e *prodigo.* (§. 3.). *Sed quid, si nec ad hoc consensurus esset prodigus? Sed per omnia judicium testatoris sequendum est, ne, quem pater vero consilio prodigum credidit, eum magistratus propter aliquid, forte suum vitium* [52]), *idoneum putaverit.*“

Der wesentliche Sinn dieser Stelle läßt sich ganz einfach mit den Basiliken [53]) dahin angeben: Wenn ein

52) Mit dieser Lesart der Flor. stimmt auch Cod. Lips. Senat. überein.

53) Basilic. Lib. XXXVIII. Tit. X. Fr. 16. (T. V. p. 264.). —

Vater seinem wahnsinnigen oder verschwenderischen Sohne einen Curator im Testamente ernennt, so hat der Prätor den väterlichen Willen zu befolgen und den Curator zu bestätigen; (durch diese Maaßregel also kann der Testirer seinen Enkeln das Vermögen sichern). Er kann aber auch auf einem anderen Wege für die Enkel sorgen, dadurch nämlich, daß er sie zu Erben einsetzt und den Sohn enterbt, jedoch muß er demselben hinreichende Alimente aussetzen und die Nothwendigkeit seiner Verfügung durch Angabe des Grundes rechtfertigen; befinden die Enkel sich nicht in seiner Gewalt, sondern in der des Sohnes, so kann er sie unter der Bedingung, daß sie von ihrem Vater emanzipirt werden, zu Erben einsetzen, und willigt dieser nicht in die Emanzipation, so muß der Prätor den väterlichen Willen ausführen.

Zuvörderst wird hier auf das deutlichste anerkannt, daß ein Testirer, dem das Wohl der Seinen am Herzen liegt, freie Wahl hat, entweder seinen Notherben einer Curatel zu unterwerfen, oder durch eine Enterbung die Gefahr abzuwenden, daß derselbe das Vermögen durchbringen und alsdann nebst seinen Kindern dem Mangel Preis gegeben seyn werde. — Der vom Vater im Te-

In den Scholien findet sich eine überaus klare und die gemeine Theorie von der b. m. exheredatio vollständig bestätigende Erklärung dieser Stelle (ebendas. Schol. *d. e.* p. 272 sq.). Auch Glück hat dieser Stelle eine besondere Aufmerksamkeit gewidmet, Bd. XXXIII. des Comment. §. 1390. *a. b. c.* S. 145—160. Doch ist dabei nur Rücksicht genommen auf die Curatelanordnung für ein blödsinniges oder verschwenderisches Kind, und auch ausserdem wird die gegenwärtige Interpretation sich von der dort gegebenen in manchen Punkten entfernen.

stamente seinem blödsinnigen Sohne bestellte Curator, mußte nach einem Rescripte des Kaisers Marc Antonin vom Magistratus bestätigt werden [54]); hier wird nun die Frage aufgeworfen: ob dies auch für den vom Vater ernannten curator prodigi gelte, oder ob nur dann die Bestätigung nicht versagt werden dürfe, wenn sich findet, daß hinreichende Gründe zu einer obrigkeitlichen Interdiction vorhanden seyen [55])? Tryphonin entscheidet sich unbedingt für die Bestätigung, offenbar aus dem Grunde, weil der Character und die Handlungsweise des Kindes dem Vater besser bekannt seye, als durch eine prätorische Cognition ermittelt werden könne. Daß demungeachtet dem Magistratus aller Einfluß hierauf entzogen seyn sollte, also die Bestätigung unter allen Umständen hätte erfolgen müssen, ist gewiß nicht gemeint. Heißt es ja ebenfalls in Beziehung auf die testamentarischen Tutoren: auch wenn sie einer obrigkeitlichen Bestätigung bedürften, (was bei den auf geh-

54) Die Worte unserer Stelle: „manet enim ea datio apud Praetorem, ut rescripto divi Marci continetur, will Glück (a. a. O. S. 147.) so erklären: „a praetore tuenda est, licet a lege haud adprobetur," also: der Prätor muß den Curator bestätigen, ungeachtet es für diese Art der Curatel-Anordnung an einer gesetzlichen Autorität fehlt. Allein offenbar will Triphonin hier sagen: das Bestätigungsrecht soll dem Prätor nicht entzogen seyn, — der ernannte Curator mithin nicht ipso jure, wie der eigentliche tutor testamentarius, Vormund werden. — Vgl. auch *R. J.* Pothier Pand. Justin. Tom. II. Lib. XXVII. Tit. X. Nr. III. p. 166. not. F.

55) Vgl. Zimmern Geschichte des Röm. Privatrechts bis Justinian. Zweite Abtheilung §. 236. S. 880.

rige Art im Testamente ernannten, bekanntlich nicht der Fall war), so sey diese doch ohne vorgängige causae cognitio zu ertheilen, mithin eine bloße Form [56]); dennoch aber kann die Obrigkeit die Bestätigung versagen, oder einen solchen Tutor wieder absetzen, und zwar aus Gründen, welche den Character und die Fähigkeiten desselben betreffen [57]), wenn gleich dabei von dem Gesichtspuncte ausgegangen wird, daß dies nur in Gemäßheit des väterlichen Willens geschehe, indem nicht vorauszusetzen sey, der Vater habe schlechte oder unfähige Individuen seinen Kindern zu Vormündern setzen wollen [58]). So verhält es sich dann auch hier. Es darf dem Vater wohl zugetraut werden, daß er auf das Beste für seine Kinder zu sorgen gesucht habe [59]), also auch, daß er seinem Sohne ohne triftige und wohl überlegte Gründe die Verwaltung des Vermögens nicht entziehen werde, weshalb dann der Prätor seine Zustimmmung darum noch nicht versagen darf, weil sein Urtheil mit dem des Vaters nicht übereinstimmt [60]). Allerdings aber wird dabei ein gehörig überlegter und motivirter Entschluß (verum consilium) des Vaters vorausgesetzt. Fände

56) L. 4. D. *de testamentaria tut.* (XXVI. 2.) L. 3. D. *de confirm. tut.* (XXVI. 3.). — Der Grund davon war die Ueberzeugung: „amicissimos et fidelissimos parentes liberis tutores eligere solere" (L. 36. pr. D. *de excusationib.* XXVII. 1.). Vgl. pr. J. *de satisdat. tut. et curat.*

57) Vgl. L. 10. D. *de confirm. tut.* L. 1. §. 5. L. 3. §. 4. D. *de susp. tut.* (XXVI. 10.).

58) L. 10. D. *de confirm. tut.*

59) L. 7. §. 5. C. *de curat. fur.* (V. 70.)

60) L. 16. §. 1 u. §. 3. D. *de cur. fur. dand.*

sich das offenbare Gegentheil, so könnte ohne Zweifel (die röm. Juristen würden wieder sagen: nach dem zu vermuthenden Willen des Vaters) die Bestätigung versagt werden; nur wenn die obervormundschaftliche Behörde der väterlichen Disposition nichts anderes entgegensetzen kann, als, daß sie sich von der Nothwendigkeit einer Prodigalitätserklärung nicht überzeugen könne, soll sie der Anordnung Folge leisten müssen, da bei ihr ein Irrthum leichter möglich ist, als bei dem Vater, dem man in jedem Falle eine bessere Kenntniß der Gemüthsfehler und Schwächen seines Sohnes zutrauen darf [61]).

Dies nun ist der Sinn des Schlußsatzes unserer Stelle, wo übrigens, wie ich glaube, die Florentinische Lesart beibehalten, aber auf folgende Art interpungirt werden muß:

„sed per omnia judicium testatoris sequendum est, ne, quem pater vero consilio prodigum credidit, eum Magistratus *propter aliquid*, forte suum vitium, idoneum putaverit."

Diesen ganzen Satz (wie vieles Andere in der Stelle) hält indessen A. Faber für interpolirt, weil ein römischer Jurist sich weder so schlecht ausgedrückt, noch auch dem Magistratus eine unbedingte Befolgung der väterlichen Anordnung zur Pflicht gemacht haben würde [62]). Und auf ähnliche Art äussert sich Francke: „Diese ganz im Sinn und in der Fassung Justinianeischer Constitutionen lautenden Worte könnte kein Römischer Jurist

61) Vgl. Rudorff das Recht der Vormundschaft. Bd. I. §. 41. S. 314—316.

62) *A.* Faber jurispr. Papin. Tit. XII. Pr. III. ill. 13. p. 774.

schreiben. Niemals hatte dieser die Macht, den Gerichten die Untersuchung über die Wahrheit der Prodigalität abzuschneiden. Und niemals schrieben Römische Juristen solch Latein, wie es in der ganzen Stelle, namentlich in den Worten ne — magistratus propter aliquod suum vitium hier geschrieben steht[63]. — Es würde ein Leichtes seyn, hunderte von Stellen nachzuweisen, in welchen Röm. Juristen auf ähnliche Weise die Befolgung bloßer Doctrinalsätze den Magistratus einschärften. Allein die Titel von der testamentarischen Tutel und deren Bestätigung bieten Belege genug dazu dar[64]. Indessen auch noch andere Gründe streiten gegen die Annahme einer Interpolation. Wenn die Compilatoren einen Satz abänderten, so konnte dabei doch gewiß nicht die Absicht zu Grunde liegen, die Latinität zu verderben, sondern sie wollten ihn dem neuesten Rechte accommodiren, — ihn überhaupt für die Anwendung brauchbarer machen. In unserem Falle müßten wir also von der Voraussetzung ausgehen, daß im neuesten Rechte dem Vater ein größerer, der Obrigkeit dagegen ein geringerer Einfluß auf die Bevormundung der Kinder zugestanden habe, wie in der früheren Zeit. Ich werde hier des Beweises mich überheben dürfen, daß gerade das Gegentheil statt gefunden habe; die ganze Bildungsgeschichte der väterlichen Gewalt und der römischen Tutel zeugt zu deutlich davon,

63) a. a. O. S. 438.

64) M. s. z. B. nur L. 6. D. *de confirm. tut.* („Si filio puberi pater tutorem, aut impuberi curatorem dederit, *citra inquisitionem Praetor eos confirmare debebit*"). L. 8. *eod.* („In confirmando tutore *hoc Praetor inquirere debet*, an duraverit patris voluntas"). L. 10. *eod.* u. s. w.

und die sämmtlichen Stellen, welche das große Gewicht der väterlichen Anordnungen in Beziehung auf die Bevormundung seiner Kinder beurkunden, rühren aus der classischen Zeit her. So bliebe dann also nur die Latinität übrig. Diese soll keineswegs von dem Vorwurf einer gewissen Härte freigesprochen werden, indessen fällt den römischen Juristen und ihren Zeitgenossen viel Aergeres zur Last. Auch erscheint diese Härte bisweilen weniger auffallend, wenn man nicht (wie freilich die Meisten thun) mit Haloander u. A. lies't: propter aliquod forte suum vitium [65]), sondern die Flor. Lesart (aliquid) vorzieht, und zugleich auf die obige Art interpungirt. Vitium ist nämlich auf den Magistratus zu beziehen [66]) und darunter, wie auch sonst biswei-

65) Gegen den Vorschlag von *Herm.* Cannegieter (observat. Jur. Rom. Lib. II. cap. VII. p. 166. sq.), zu lesen: „propter aliquod forte suum judicium," (womit auch übereinzustimmen scheint *Jo. Guil.* Hoffmann melet. acad. ad Pand. Diss. XXIV. §. V. in f.), so wie von *Jo.* Cannegieter (ad Collat. LL. Mosaic. et Rom. Tit. IV. §. 9. p. 206 sq.), welcher statt *forte* lesen will: *fortunae*, erklärt sich mit Recht Glück a. a. O. S. 153 — 156. Er selbst ist übrigens der Meinung, es seyen jetzt wohl Alle darin einverstanden, daß *aliquod* st. aliquid gelesen werden müsse. Indessen entspricht die Flor. Lesart dem richtigen Sinne und den Regeln der lateinischen Sprache bei weitem besser.

66) Auf den Sohn beziehen den Ausdruck *Jo.* Cannegieter (s. die vor. Note) und *Nicol.* Catharinus Observ. et conject. Lib. III. cap. 36. (in thes. Meerm. T. VI. p. 688.), welcher übrigens die Worte so versetzen will: ne, quem pater — prodigum credidit, propter aliquod suum vitium, eum magistratus idoneum putaverit.

len [67]), ein Versehen, eine Nachlässigkeit, ein Irrthum zu verstehen [68]), so daß mithin der Sinn seyn würde: die wohl erwogene Anordnung des Vaters soll befolgt werden, damit nicht der Magistratus aus irgend einem Grunde (propter aliquid) z. B. wegen Unbekanntschaft mit den persönlichen und Sach-Verhältnissen, einem wohl begründeten Urtheile des Vaters entgegentrete.

Was nun bisher gesagt ist von der Befolgung des väterlichen Willens, soferne dasselbe sich auf Prodigalitäts-Erklärung des Sohns und Anordnung einer Curatel bezieht, das gilt auch von dem Falle, wenn der Vater die zweite Alternative wählt, nämlich: Enterbung des Sohnes mit einem Alimenten-Verhältnisse, und Einsetzung der Enkel, und zwar, wenn diese der Gewalt ihres Vaters unterworfen sind, unter der Bedingung ihrer Emanzipation, welche denn auf die oben (S. 420) angegebene Weise zu bewirken ist. — Indessen läugnet Glück, daß hier ein Zwang zur Emanzipation eintrete. Die Frage: „sed quid, si nec ad hoc consensurus esset prodigus? werde gar nicht beantwortet, weil jeder Rechtsverständige sich die-

67) S. z. B. L. 22. in f. D. *de negot. gest.* (III. 5.) L. 63. §. 2. D. *de evictionib.* (XXI. 2.) und andere bei Brissonius S. V. *vitium* §. 4. angeführte Stellen.

68) S. *Henr. Jo.* Arntzenius observation. Syll. cap. IV. (in Act. liter. Societ. Rheno — Traj. T. I. Lugd. Bat. et Traj. ad Rh. 1793. p. 141. in f.): „id in universum accipio de quacumque magistratus negligentia, culpa, errore, parum recte ita putantis." — In der Acc. Glosse (ad h. l.) wird der Ausdruck auf schlechte Gesinnung und Bestechlichkeit des Richters bezogen. Vgl. auch Glück a. a. O. S. 158 fg. und Rudorff a. a. O. S. 316. Note 8.

selbe von selbst beantworten könne; Niemand könne nämlich den Vater zwingen, seine Kinder zu emanzipiren, der Jurist überlasse es uns also, aus dieser Digression die Folge zu ziehen, daß der Vater durch das Mittel einer exheredatio b. m. bei einem verschwenderischen Sohne nicht immer seinen Zweck erreichen werde, und daß namentlich in diesem Falle der Großvater seine Enkel nicht anders vollkommen sichern könne, als wenn er den verschwenderischen Vater einer Curatel unterwerfe [69]. — Allein die deutlichste Widerlegung dieser Meinung liegt in dem wörtlichen Ausdrucke der Stelle selbst. Tryphonin spricht zuvörderst von der Anordnung einer Curatel über den verschwenderischen Sohn, sagt dann: der Testirer könne seine Enkel auch auf andere Art sicher stellen, indem er ihren Vater enterbe, sie selber aber zu Erben einsetze, jedoch, wenn sie ihres Vaters Gewalt unterworfen seyn, unter der Bedingung der Emanzipation, und hieran knüpft er zuletzt die Frage: wie es gehalten werden solle, wenn der Vater sich nicht freiwillig zur Emanzipation verstehe? eine Frage, welche er ganz allgemein so beantwortet: „Sed *per omnia* judicium testatoris sequendum est.“ Es ist unmöglich, ohne dem klaren Wortverstande offenbaren Zwang anzuthun, diese Antwort auf die eine der Alternative, die Anordnung einer Curatel für den verschwenderischen Sohn, zu beschränken. Vollends unbegreiflich ist es, wie Glück sich hier auf den Scholiasten der Basiliken berufen konnte, blos weil dieser sagt (was freilich auch ohne Weiteres Jedem klar ist), Tryphonin habe bis zu den Worten: „si non ad hoc consensurus esset prodigus“ nur

69) a. a. O. S. 151 fg.

Fragen aufgestellt; allein er fügt ja ausdrücklich hinzu: der Jurist antworte auf jene Fragen: es müsse der Prätor in allen Stücken den väterlichen Willen befolgen [70]. Ausserdem enthält das Scholium (aus einer Schrift des Lyvillus genommen) ein sehr bestimmtes Zeugniß dafür, daß die Stelle sich auf das Recht einer Enterbung zum eignen Wohl des Ausgeschlossenen bezieht, und hierauf die Bestimmungen der Nov. 115. keine Anwendung leiden. Nach der theilweise zwar sehr freien, aber im Wesentlichen richtigen Uebersetzung von Fabrotus lautet das Scholium so: „Haec species pertinet ad id, quod dicitur, quandoque per exheredationem prospici filio. Et sciendum est, huic capiti non adoptari Novellam de ingratitudine liberorum.“ Und in gleichem Sinne heißt es in den darauf folgenden Scholien: „Si — prodigo filio curatorem dederit pater, voluntatem ejus sequitur Praetor; potest tamen, si habeat nepotes ex filio, eos scribere heredes, et filios exheredare, legatis alimentis et adjecta causa: aut, si non sint nepotes in potestate sua, *scribat eos heredes sub conditione emancipationis, et cogetur filius eos emancipare.* — At quomodo hoc hodie procedet, Nov. — enumerante causas exheredationis, et dicente infirmari institutionem, si alias exheredatus filius sit? Sed ibi exheredationes enumerat, quae fiunt odii causa, quod ad hanc non pertinet speciem, in qua providentiae non odii causa

70) Tom. V. ad Lib. XXXVIII. Tit. X. Fr. 16. Schol, *d.* p. 172. Und am Schlusse dieses Schol. findet sich auch die sehr bestimmte Erklärung, daß der Vater zur Emanzipation gezwungen werde.

filius exheredatur, quemadmodum recte exheredationem fieri Ulpianus ait“ (L. 18. D. h. t.) [71]).

Francke meint indessen, aus der L. 16. cit. könne gar nichts zur Begründung der gewöhnlichen Doctrin hergeleitet werden, weil nicht von der Enterbung des Sohnes zu seinem eignen Besten, sondern von seiner Enterbung zum Besten Dritter die Rede sey. Den Grund der Giltigkeit dieser Enterbung setzt er nun a) darin, daß dem Sohne als Alimente „quantum sufficeret“ hinterlassen werde, was wohl nach dem Sinn des älteren Rechts so aufzufassen seyn möchte: *quantum sufficeret ad excludandam querelam*, damit auf jeden Fall der Pflichttheil dadurch als hinterlassen gelten könne; b) um aber keinen Zweifel über den Grund der Enterbung zu lassen, rathe der Jurist, auch die Ursache derselben mit ins Testament aufzunehmen. Da nun aber auf die erstere Art der Pflichttheil nach der Nov. 115. nicht mehr zugewandt werden könne, auch unter den gesetzlichen Enterbungsursachen Prodigalität nicht mit genannt sey, so dürfte jetzt auf diese Weise überall nicht disponirt werden [72]).

Daß nun ein exheredirter Prodigus die Querel früher nicht anstellen durfte, mag wohl seyn; wenigstens konnte er nicht sagen: se immerentem esse exheredatum, wenn man auch darauf kein Gewicht legen darf, daß er zu den Personen gehörte, denen das vollständige bürgerliche Ehrenrecht nicht zukam [73]), indem die Notherbenrechte dadurch doch keineswegs entzogen waren. Eine ganz unerweisliche Behauptung aber ist es, daß bei den Worten: quantum sufficeret hinzugedacht

71) ebendas. Schol. *d.* in f. und Schol. *e.* p. 172 sq.

72) a. a. O. S. 436—440.

73) L. 18. D. *qui test. fac. poss.* (XXVIII. 1.).

werden müsse: ad excludendam querelam[74]). Ja es paßt dies zu dem ganzen Inhalte der Stelle durchaus nicht. Denn wozu hätte es alsdenn noch einer Angabe der causa und necessitas judicii bedurft? Eher läßt sich hiermit freilich die Annahme vereinigen, daß Prodigalität ein hinreichender Grund gewesen sey, um die Querel auszuschließen. Indessen daß die Entscheidung des Juristen Tryphonin sich hierauf stütze, wird dadurch genügend widerlegt, daß die Hinterlassung der Alimente gleichfalls als eine Bedingung, wovon die Giltigkeit der väterlichen Verfügung abhängt, genennt ist. Also zweierlei muß hier zusammentreffen: erstlich, ein Grund, weshalb Verarmung des Notherben zu befürchten ist, wenn man dem gewöhnlichen Rechte seinen Lauf lassen wollte; zweitens, die Sorge für den hinreichenden Unterhalt des Notherben. Will man daher auch das Zeugniß des Scholiasten zu den Basiliken nicht als eigentliches Quellenzeugniß gelten lassen, so wird man ihm doch zugestehen müssen, daß er die Stelle mit Recht auf die bona mente exheredatio bezogen habe. Der Einwand, daß hier von einer Enterbung nicht des Sohnes, sondern seiner Kinder die Rede sey, will nicht viel sagen. Wenn einmal ein Rechtsbegriff aufkommt, wie die Enterbung aus guter Absicht, wobei so Vieles nach den besondern Umständen zu bestimmen ist, so darf man die Giltigkeit einer solchen Verfügung auch nicht davon abhängen lassen, daß die Substanz des Vermögens dem Notherben dennoch zugewandt werde, sondern Alles kommt darauf an, ob wirklich das wahre Beste des Notherben durch die Disposition gefördert erscheint? In den meisten Fällen wird dies, ohne eine

74) Vergl. die Rec. von Francke's Notherbenrecht in Schunck's Jahrb. Bd. XIX. S. 263.

wenigstens eventuelle und mittelbare Zuwendung eines Vermögenstheils an den Notherben, allerdings nicht angenommen werden dürfen; doch, wie gesagt, eine absolute Bedingung der Giltigkeit aller Verfügungen dieser Art kann es nicht seyn. Zuvörderst ist es wohl ausser Zweifel, daß ein Vater für seinen verschwenderischen Sohn am besten sorgt, wenn er Anstalten trifft, daß derselbe über die Substanz des Vermögens nicht verfügen könne, ihm es jedoch am Lebensunterhalte nie fehle. Hat der Sohn keine Kinder, so kann freilich verlangt werden, daß wenigstens der Pflichttheilsbetrag auf den Fall eines gebesserten Lebenswandels für ihn aufbewahrt werde; sind Kinder vorhanden, so spricht sich die Vorsorge des Testirers für die Seinen wohl am deutlichsten dadurch aus, daß er diesen die Substanz des Vermögens zuwendet. Man erwäge doch nur, daß hier, wo die Bedingungen einer bona mente exheredatio vorhanden sind, eine strenge Berücksichtigung des Notherbenrechts überall nicht gefordert wird, sondern nur, daß die gute Absicht des Testirers mit Bestimmtheit aus der Verfügung erhelle. Darüber kann aber wohl kein Zweifel obwalten, wenn er den Kindern seines verschwenderischen (oder wahnsinnigen) Notherben das Vermögen zuwendet. Für diese zu sorgen verpflichtet ihn das Gesetz der Natur; wenn er ihnen also ein Vermögen hinterläßt, welches zu verwalten oder zu erhalten seine nächsten Notherben außer Stande sind, so darf man gewiß nicht sagen, er habe lieblos gehandelt, weil er nur auf den gegenwärtigen Zustand, nicht aber auf eine blos mögliche Wiedergenesung oder Sinnesänderung des Notherben Rücksicht nahm.

Je mehr nun das neueste Recht die Dispositionsbefugniß der Testirer durch tadelnswerthe Aufstellung be-

stimmter Enterbungsgründe beschränkt, und es namentlich unmöglich macht, den unverbesserlichen Verschwender im gewöhnlichen Sinne zu enterben, desto weniger sollte man darauf ausgehen, ein Recht zu zerstören, das gewiß in den seltensten Fällen gemißbraucht werden kann, oft aber im hohen Grade wohlthätig wirken wird. Der Verschwender, den weder die Jahre, noch das eigne Familienleben zu bessern vermögen, wird am ersten zum Nachdenken veranlaßt werden, wenn er weiß, daß er auf bloße Alimente eingeschränkt werden kann. Eine Curatel fürchtet er weniger; denn er bleibt ja Herr des Vermögens. Er weiß, daß sich doch Leute finden werden, welche ihn mit den Mitteln versehen, seinen Neigungen zu leben, indem sie ebenso wie er selber darauf rechnen, daß die Curatel aufhören werde, wozu denn doch am Ende eine scheinbare Enthaltsamkeit und Mäßigung, höchstens während einiger Jahre, genügt; denn diejenigen zu täuschen, welche nicht, wie die Eltern, einen solchen Menschen täglich und stündlich beobachten können, ist gewiß nicht schwer.

Ich will hier nicht wiederholen, was oben bereits gegen den Einwurf erinnert wurde, daß es dem Testirer ja unbenommen bleibt, über den größten Theil seines Vermögens willkührlich zu verfügen, wenn er nur den Pflichttheil seinen nächsten Notherben hinterlasse. Darauf aber muß aufmerksam gemacht werden, daß gerade Prodigalität des Notherben es ist, was am häufigsten eine Enterbung aus guter Absicht veranlaßt, und wofür sich am entschiedensten die Praxis entschieden hat [75]. Hierauf

75) M. s. z. B. J. a Sande decisiones Frisicae Lib. IV. Tit. II. Definit. III. Sam. Stryk in usu moderno Pand. Tit. de lib. et post. §. 9—11. Leyser med. ad Pand. sp. 388. med. 4. (wo er ausführt, daß ein Verschwen-

gründet man denn auch das Recht der Eltern, ihre verschuldeten Kinder bona mente zu enterben[76]), und Particulargesetze haben dies Recht ausdrücklich anerkannt[77]).

der von der Lehensuccession bona mente enterbt werden kann), und sämmtliche in der folgenden Note angeführten Schriftsteller.

76) *Udalr.* ZASIUS ad L. 1. §. 3. *de vulg. et pap. subst.* nr. 44. (opp. T. II. p. 43). *Ben.* CARPZOVIUS in der Jurisprudentia Forens. Rom. Saxon. Part. III. Const. IX. defin. XI. — *Henr.* LINCKE (resp. UNTZER) diss. de exheredatione bona mente facta (Altdorff. 1704) §. 25. — *Jo. Andr.* FROMMANN (resp. KESSEL) diss. de exheredat. liberorum bona mente facta (Tub. 1705.) p. 29. Nr. 8. — *Tob. Jac.* REINHARTH (resp. SCHLEMM) diss. de eo quod justum est circa exheredationem bena mente ejusque usum hodiernum (Gott. 1743) §. 35. (der hier angeführte Rechtsfall findet sich auch in desselben Verfassers observat. ad CHRISTINAEI decisiones Vol. I. Obs. LXVII.). — *Geo. Henr.* AYRER (resp. BAGELMANN) diss. de jure parentum legitimam liberorum bona mente gravandi (Gott. 1757.) §. 19. Georg Ludw. Böhmer auserlesene Rechtsfälle aus allen Theilen der Rechtsgelehrsamkeit. Ersten Theils, erste Abtheil. Nr. 31. p. 243 fgg.

77) S. z. B. die Hamburgische Falliten-Ordnung v. J. 1753 (bei SCHULTE diss. de exheredatione bona mente §. 21.): „Wenn ein Fallite von seinem Vater, Mutter, oder anderen Blutsverwandten bona mente exherediret worden, so können Curatores bonorum sich solcher Erbschaften nicht anmaßen. — — — Und hieran soll nicht hindern, wenn gleich Testator in favorem des Falliten Kinder, oder, falls dieser unbeerbte in favorem seiner, des testatoris nächsten Erben von Erbgütern disponiret hätte —". — Allgem. Landr. für die Preuß. Staaten Th. II. Tit. II. §. 419 fgg. Hier werden außer der Ver-

Dabei liegt denn das auf der natürlichen Billigkeit beruhende Recht zu Grunde, daß Niemand genöthigt werden kann, sein Vermögen den Gläubigern eines Menschen zu überlassen, dessen Schulden zu bezahlen ihm nicht obliegt [78]. Die Gläubiger können eine solche Verfügung gewiß nicht anfechten, indem sie ein erbschaftliches Vermögen erst alsdann in Anspruch nehmen dürfen, wenn es ihrem Schuldner erworben ist [79]. Der Notherbe selber aber ist zur Anfechtung nicht berechtigt, weil eine Disposition, welche ihm sichert, was er sonst nicht haben würde, ganz offenbar zu seinem Besten gereicht [80]. Aller

schuldung der Kinder auch eine unordentliche und verschwenderische Wirthschaft, ferner Wahn- und Blödsinn als Gründe einer Enterbung aus guter Absicht gebilligt; übrigens darf (nach §. 426.) der Niesbrauch des Pflichttheils dem Kinde nicht entzogen werden. S. auch unten Note 83 am Schlusse.

78) S. auch Reichardt in dem angeführten Rechtsgutachten ad P. Christinaei decision. l. 1. p. 185. nr. 1.

79) Können ja die Gläubiger sogar eine von dem Schuldner absichtlich und zu ihrem Nachtheile geschehene Ausschlagung einer angefallenen Erbschaft nicht anfechten (L. 6. §. 2. D. *quae in fraudem creditorum facta sunt, ut restituantur.* XLII. 8.); wie mit weniger kann ihnen hier ein Klagerecht zugestanden werden, wo Einer, der ihnen nichts verschuldet, eine Verfügung trifft, welche der Schuldner selbst nicht einmal impugniren darf, da sie ihm zum Vortheil gereicht. — Vgl. Reichardt l. c. am Schlusse. Leyser medit. ad Pand. Sp. 358. med. 2.

80) Das Gegentheil behauptet Francke a. a. O. S. 441 a. E. u. fg. Seine Gründe sind hauptsächlich: daß man dem Notherben doch wider seinen Willen nicht den Pflichttheil und damit die Möglichkeit nehmen dürfe, seine Schulden abzutragen und den Augen der Welt wieder

dings kommt hierbei immer der Grad der Verschuldung und

als ein ehrlicher Mann zu erscheinen, sodann, daß ein Vortheil für den Enterbten hier undenkbar sey, indem derselbe im Gegentheil oft den größten Nachtheil davon haben würde, weil ihm dadurch die Abtragung seiner Schulden erschwert werde, und er diese, wenn er auf andere Weise wieder zu Vermögen gelangen, nunmehr aus eigenen Mitteln bezahlen müsse. — Dagegen erinnere ich Folgendes: Die Gründe, wodurch eine bona mente exheredatio gerechtfertigt wird, schließen die Berücksichtigung des strengen Notherbenrechts (also die Nothwendigkeit der Zuwendung des Pflichttheils) von selbst aus, und eben so wenig kann auf den eignen Willen des Ausgeschlossenen, — welchem freilich in den meisten Fällen die Verfügung nicht angenehm seyn wird — dabei etwas ankommen. Es fragt sich daher nur: war ein zureichender Grund zu einer solchen Disposition vorhanden, und gereicht dieselbe wirklich zum wahren Besten des Ausgeschlossenen? Beides aber läßt sich nicht nach bloßen Zufälligkeiten oder Möglichkeiten bestimmen, sondern die beim Tode des Erblassers vorhandenen Umstände müssen zunächst hierüber entscheiden. Ist daher zu dieser Zeit (um gleich auf den hier zur Frage stehenden Fall überzugehen) der Schuldenstand des Notherben so beträchtlich, daß dem Notherben wenig oder gar nichts zu seinem Lebensunterhalte bleiben würde, wenn der Testirer ihm seinen gesetzlichen Erbtheil zuwendete, so darf eine Verfügung, welche ihm seinen Unterhalt sichert, gewiß als eine zu seinem Besten gereichende angesehen werden; die bloße Möglichkeit, daß ihm diese Disposition dennoch nachtheilig werden könne, muß hier der viel größeren Wahrscheinlichkeit weichen, daß er sonst dem Elende und Mangel ganz Preiß gegeben seyn würde. Und was die Rücksichten des Anstandes wohl erfordern dürften, wenn der Testirer hinreichende Mittel besitzt, um die Schulden seines Sohnes zu tilgen und zugleich

die Größe des erbschaftlichen Vermögens in Betracht, um beurtheilen zu können, ob die Ausschließung als eine bona mente exheredatio aufrecht erhalten werden kann. Ist dies aber ausgemacht, so können hinterher veränderte Umstände nicht weiter berücksichtigt werden, da die Frage: ob Notherbenrechte verletzt seyen oder nicht, nach

für seinen Unterhalt zu sorgen, ohne dem Rechte der übrigen Notherben zu nahe zu treten, das darf doch immer nicht als ein Zwangsrecht wider ihn geltend gemacht werden; diesem genügt er, wenn er seinem Sohne den Pflichttheil hinterläßt, folglich auch, wenn er da, wo dies dem Sohne nichts helfen würde, auf andere Weise für ihn sorgt. Wie er sonst sein Vermögen anwenden will, das muß ganz seiner Willkühr überlassen bleiben; denn er verfügt ja nur über das Seinige. (Etsi honeste — könnte man hier sagen — ex liberalitate tamen fit, quae servanda arbitrio testatoris est, arg. L. 12. §. 3. in f. *de adm. tut.* XXVII. 7.). Vollends aber erwäge man, daß es Fälle giebt, wo auch die Aufopferung des ganzen Vermögens den Verschuldeten nicht retten kann. — Uebrigens soll nicht geläugnet werden, daß das Recht zu einer solchen Enterbung zweckmäßig gewissen Einschränkungen unterworfen werden könne, damit es weniger unbillig gegen die Gläubiger erscheine; z. B. daß der Erbtheil des Notherben nur während seiner Lebenszeit von den Gläubigern nicht in Anspruch genommen werden dürfe, bis dahin aber ihm die Aufkünfte desselben ungeschmälert zu lassen sind. Weiter geht freilich das im Königreiche Sachsen geltende Recht, wonach die, einem insolventen Schuldner oder den Seinigen zum Besten, den Gläubigern aber zum Nachtheile geschehene Enterbung in Ansehung des Pflichttheiles für ungiltig zu achten ist. Haubold Lehrbuch des königl. Sächs. Privatrechts §. 341. a. E.

der Todeszeit des Erblassers zu bestimmen ist[81]. Wenn daher der Notherbe später auch von seiner Schuldenlast befreiet würde, sey es durch die Hilfe Dritter, durch eigne Betriebsamkeit, durch Nachlaßverträge, oder wie sonst, so könnte er doch das zur Todeszeit des Erblassers gültige Testament jetzt nicht noch anfechten[82]. Es darf sich mithin der Notherbe auch darüber nicht beschweren, daß ihm blos die Alimente ausgesetzt sind und nicht auch die Möglichkeit berücksichtiget ist, daß er einmal von seiner Schuldenlast befreiet werden könne; denn nach der Lage der Sache hat der Testirer durch die gewählte Verfügungsart am angemessensten für ihn gesorgt, indem ihm vielleicht gar nichts geblieben wäre, falls der Erblasser das gewöhnliche Recht hätte eintreten lassen[83].

81) S. oben S. 232 fg. (Note 42.) u. S. 258.

82) Schulte diss. cit. §. 25.

83) S. Böhmer a. a. O. S. 246 fg. Nr. II. (vgl. auch oben Note 80.). — Eine andere Frage ist übrigens, ob nicht die Gläubiger das dem Notherben alimentorum nomine Ausgesetzte in Anspruch nehmen dürfen? Hat der Notherbe sein Vermögen abgetreten, so wird er sich jedenfalls auf die L. 6. D. *de cess. bonor.* (XLII. 3.) berufen können, wonach ihm vermachte Alimente oder Nießbrauchrechte von den Gläubigern ihm gelassen werden müssen, wenigstens insoweit, als er deren zu seinem Unterhalte wirklich bedarf (*Leyser* sp. 358. med. 6.). Zu rathen ist aber immer, daß der Testirer dasjenige, was er dem Notherben ausgesetzt hat, den Ansprüchen der Gläubiger entzieht. Denn, kann er überhaupt das Verfügungsrecht des Erben einschränken, so muß ihm auch eine solche Disposition erlaubt seyn, indem ja doch die Gläubiger nur an das Vermögen kommen können, welches dem Verfügungsrecht des Schuldners unterworfen ist. Inso-

Aber nicht blos in Beziehung auf verschwenderische oder verschuldete Kinder, sondern in einer viel weiteren Ausdehnung bezeugen die genannten Schriftsteller die Anerkennung und den practischen Gebrauch der bona mente exheredatio und der damit verwandten Dispositionsarten, womit denn auch die Lehr- und Handbücher übereinstimmen [84]. Wir werden also bis auf Weiteres dies Recht

fern kann man denn auch die Maaßregel für angemessen halten, welche Böhmer (a. a. O. S. 247 fg. Nr. IV.) vorschlägt, nämlich den Sohn zum Erben einzusetzen und seinen ganzen Erbtheil bona mente mit einem Fideicommiß zum Besten seiner Kinder zu belegen. Nur wird man dadurch nicht, wie Böhmer meint, den Zweifeln über den Rechtsbestand der Enterbung verschuldeter Kinder vorbeugen können, da nach dem strengen Notherbenrecht der Erbtheil des Notherben auch nicht einem Fideicommiß unterworfen werden darf, die von Böhmer angerathene Hinzufügung der Cautela Socini aber gewährt dem Testirer durchaus keine hinreichende Bürgschaft, daß seine Absicht in Erfüllung gehen werde (S. Bd. 35. des Comment. S. 334.). Auch würden (wenn man annimmt, daß nur auf diesem Wege der Disposition ihr Rechtsbestand gesichert werden könne, folglich der Testirer nicht berechtigt sey, dem Notherben geradezu das Verfügungsrecht zu entziehen) die Gläubiger doch immer die Aufkünfte des fideicommissarischen Vermögens in Anspruch nehmen dürfen. — Nach dem Preussischen Landr. (a. a. O. §. 426.) kann dem Notherben die Verfügung über den Pflichttheil unbedingt nur während seines Lebens entzogen werden, Verfügungen auf den Todesfall aber dürfen lediglich zum Besten seiner Descendenten eingeschränkt werden.

84) S. z. B. Hofacker princ. jur. civil. Rom. Germ. T. II. §. 1702. Thibaut System des Pandektenrechts §. 814. Nr. B. Schweppe das röm. Privatr. in seiner An-

wohl nach wie vor gelten lassen dürfen, und so mögen denn einige nachträgliche Bemerkungen über den Rechtsgrund dieser Verfügungen, die Art der Willenserklärung und den subjectiven Umfang diese Untersuchung beschließen.

I) Daß eine letztwillige Disposition dieser Art auf die im Röm. Rechte bestimmten Fälle einzuschränken sey, wird freilich von einigen Rechtslehrern behauptet [85]; indessen hat sich für das Gegentheil die gemeine Meinung erklärt [86], welche auch die überwiegenden Gründe für sich hat. Denn nirgends wird auch nur darauf hinge-

wendung auf d. Gerichte §. 964. Nr. 1. (in der neuen Bearbeitung von Mejer Bd. V. §. 963.). Hufeland Lehrb. des gemeinen Civilrechts Bd. II. §. 1119. Mackeldey Lehrbuch §. 666 a. E. (d. 10ten Aufl.). v. Wening-Ingenheim Lehrb. des Civilr. Buch V. §. 146. (§. 492. a. E. d. n. A.). Meine doctrina Pandectar. Vol. III. §. 684. ed. 3. Valett Notherbenrecht §. 67. S. 104. Nr. 5. v. Hartitzsch Erbrecht §. 124. Seuffert Lehrbuch des pract. Pandectenrechts Bd. III. §. 657. HAIMBERGER jur. Rom. privat. T. III. §. 331. WARNKOENIG comment. jur. Rom. priv. T. III. §. 1034. p. 302. — Von Schriftstellern über Particularrecht möge hier nur von Adlerflycht Privatrecht der freien Stadt Frankfurt (Frkf. 1824) §. 300. S. 527. genannt seyn.

85) z. B. WERNHER observat. forens. T. I. P. I. obs. 312. u. die das. citirten Autoritäten.

86) M. s., ausser den bei Glück (a. a. O. S. 256. Note 33.) genannten Schriftstellern, die in der vorigen Note angeführten Lehr- u. Handbücher, LINCKE diss. cit. §. 17. 18. FROMMANN diss. cit. §. VI. p. 24 sqq. REINHARTH l. l. §. 27. 28. AYRER diss. de jure par. legit. liberar. gravandi §. 20.

deutet, daß hier von einem besondern Rechte der erwähnten Fälle die Rede sey, sondern es werden, wie gewöhnlich im Röm. Rechte, Beispiele zur Erläuterung der vorgetragenen Grundsätze angeführt. Eine Ausdehnung auf einen nicht ausdrücklich genannten Fall enthält die vorhin gedachte Enterbung wegen Verschuldung des Notherben; eine Ausdehnung liegt allerdings darin, da nicht immer Verschwendung der Grund eines Vermögensverfalls ist. Von anderen Fällen, worauf die Grundsätze von der b. mente exheredatio sehr füglich angewandt werden können, möge hier nur noch folgender genannt seyn:

1) Eine Tochter ist mit einem verschwenderischen Manne verheirathet, und es ist vorauszusehen, daß dieser das Vermögen der Frau bald durchbringen, ihre Weigerung aber, ihm das Ihrige in die Hände zu geben, derselben eine höchst schlechte Behandlung zuziehen werde. In diesem Falle können Eltern die Tochter von der Substanz des Vermögens ausschließen und ihr und dem Manne etwas bestimmtes aussetzen; nur müssen sie, wenn Kinder aus einer solchen Ehe vorhanden sind, ihre gute Absicht dadurch bethätigen, daß sie diesen das Vermögen zuwenden [87].

87) *Sam.* Stryk in usu mod. Pandectar. Lib. XXVIII. Tit. II. §. IX. nr. II. Ayrer l. l. §. 20. — *Ulr.* Huber in praelect. ad Pand. Tit. de inoff. test. §. 19., welcher dasselbe Beispiel hat, fügt noch einige verwandte Fälle hinzu: a) ein Mädchen, welches zwar nicht blödsinnig, doch sehr schwachen Verstandes war, wurde von ihrem Vater, welches befürchtete, daß nur ihr Vermögen einen Freier anlocken und ihr dadurch ein trauriges Geschick bereitet würde, unter Aussetzung hinreichender Ein-

2) Nach gewissen statutarischen Rechten müssen Kaufmannssöhne, auch wenn sie sich von der väterlichen Erbschaft lossagen, dennoch die Schulden des Vaters zahlen. Hier ist Enterbung des Sohnes das sicherste Mittel, dies unbillige Recht abzuwenden[88].

künfte enterbt. (S. über diesen Fall auch Ayrer diss. cit. §. 27. 28. — b) Eine Frau enterbte ihren Sohn, weil sie fürchtete, daß ihre Schwiegertochter, von welcher sie sich schlecht behandelt glaubte und die auf ihren Mann großen Einfluß übte, sich von dem Erbgut bereichern möchte. Huber erklärt mit Recht diese Enterbung für unzulässig, „quia non tam bono filii, quam odio nurus fiebat." Ueberhaupt aber kann der Grund schwerlich in rechtlichen Betracht kommen, daß der Mann sich von seiner Frau beherrschen lasse, wenn gleich unter Umständen wohl eine leidenschaftliche und ausschweifende Liebe zu einem Frauenzimmer Grund einer solchen Enterbung werden kann, sobald nämlich eine Vermögens-Verschwendung und völlige Verarmung als Folge davon mit Recht sich befürchten läßt. — c) Eine Mutter enterbt ihre Tochter, damit deren verschwenderischer Ehemann das Vermögen nicht durchbringe, und setzt ihr Tochterkind zum Erben ein. Die Verfügung besteht zu Recht. Aber sie hatte dem Enkel die Restitution des Vermögens auferlegt, wenn er ohne Kinder sterben würde, und dies gab den nächsten Anlaß zu einem Rechtsstreite. Die Testirerin war nämlich zuerst, dann die Tochter und zuletzt der Enkel, und zwar kinderlos gestorben, mithin die Bedingung des Fideicommisses eingetreten. Die Erben des Enkels wollten nun bei der Restitution der grosmütterlichen Verlassenschaft den Pflichttheil für ihren Erblasser abziehen. Mit Recht wurde aber enschieden, daß der Enkel gar kein Pflichttheilsrecht gehabt habe, da er ja auf jeden Fall in der Intestaterbfolge von seiner Mutter würde ausgeschlossen worden seyn.

88) Lincke diss. cit. §. 19. Nr. 2. Stryk us. mod. Pand.

Aber freilich muß auch dafür gesorgt werden, daß ein Testirer die Versorglichkeit für seine Notherben nicht zu weit ausdehne. Denn sonst würde eine Verschiedenheit der Meinungen und Ansichten in Beziehung auf zweckmäßige Verwendung und Benutzung eines Vermögens leicht eine Veranlassung werden können, den Notherben auszuschließen, oder doch den Pflichttheil mit einer Beschwerde zu belegen, indem der Egoismus Viele bald überreden wird, daß ihre Pläne die besten seyen und Keiner so gut wie sie sein Vermögen anzulegen, zu erhalten und zu vermehren verstehe. Indessen wird der Richter eine Disposition, welche lediglich durch übertriebene Aengstlichkeit oder Eigensinn der Testirer veranlaßt ist, ohne Mühe zu unterscheiden wissen von solchen Verfügungen, welche auf einer verständigen Berücksichtigung dessen, was das wahre Wohl des Notherben erheischt, beruhen; und es ist nicht, wie Francke[89]) meint, zu befürchten, daß der Erblasser aus ängstlicher Besorgniß dem Notherben das, was ihm gebührt, entziehen könne. Freilich können auch nicht alle Gründe gut geheißen werden, aus wel-

h. t. nr. X. — Daß ein Recht, welches nur durch eine falsche Rücksicht auf Beförderung des Credits erzeugt seyn kann, keine Begünstigung verdient, bedarf wohl keiner Bemerkung. Durch eine solche Verfügung wird den Gläubigern nichts von Dem entzogen, worauf sie nach natürlichem und gemeinem Rechte nur einen Anspruch haben, sondern der Vater macht blos die natürliche Billigkeit wider ein strenges und unbilliges Recht für seine Kinder geltend; man könnte hierauf anwenden, was Papinian, freilich in einer anderen Beziehung, sagt: „nec videbitur dolo fecisse, quum fraudem excluserit;" L. 77. §. 31. D. *de legat.* II.

89) a. a. O. S. 424. Nr. 1.

chen manche Rechtslehrer eine Enterbung aus guter Absicht zulassen wollen; z. B. si minus industrius est filius [90]). Nur wenn die Unachtsamkeit oder Sorglosigkeit so weit geht, daß die Anordnung einer Curatel gerechtfertigt erscheint, würde auch eine Enterbung aus guter Absicht gestattet werden können; sonst aber ist dieser Grund doch gar zu unbestimmt und nur allzuleicht Mißdeutungen ausgesetzt. Eine Verschiedenheit der Neigungen und Temperamente, so wie der Mangel eines gesetzten und ernsten Wesens, wie er in jugendlichen Jahren auch wohl bei dem Tüchtigsten bemerkbar wird, würde Manchem schon hinreichend zur Rechtfertigung einer Enterbung erscheinen. Auch ist es schwerlich zu billigen, wenn einige Rechtslehrer den Eltern ganz allgemein das Recht zugestehen, nachtheilige Heirathen der Kinder dadurch zu verhüten, daß sie dieselben auf den Fall der Verheirathung mit einer gewissen Person enterben, oder auf den entgegengesetzten Fall zu Erben einsetzen [91]). Zwar kann es einzelne Fälle geben, in welchen dergleichen Verfügungen gerechtfertigt erscheinen, z. B. wenn die Tochter einem sittenlosen oder verschwenderischen Manne ihre Neigung zugewandt hat [92]), oder wenn der

90) Aus diesem Grunde wollen eine (wenigstens zeitige) bona mente gestatten BRUNNEMANN comment. in Pand. Lib. XXVIII. Tit. II. L. 18. nr. 3. LINCKE diss. cit. §. 18. nr. 3. FROMMANN diss. cit. §. 6. p. 30. nr. 11. STRYK l. l. §. IX. nr. VII.

91) AYRER diss. cit. §. 22—25.

92) Denn kann die bereits bestehende Ehe mit einem solchen Manne einen Rechtfertigungsgrund für eine b. m. exheredatio enthalten (s. oben S. 453. Nr. I. 1.), so muß auch in Beziehung auf eine bevorstehende Ehe das Nämliche möglich seyn.

Sohn mit einer Frauensperson in Verbindung steht, welche ihn durch ihre Habsucht, oder durch ihren Hang zur Verschwendung sicher zu Grunde richten wird, falls ihm die Verfügungsfreiheit über das Seine bleibt. Es versteht sich, daß diese Voraussetzung auf Thatsachen fußen muß, welche den Menschen hinreichend als einen rücksichtslosen Verschwender bezeichnen. Ob die Prodigalität sich nur auf den Gegenstand seiner Leidenschaft bezieht, oder in einem allgemeineren Hange ihren Grund hat, ist wohl im Ganzen gleichgiltig, wenn von Anwendung der rechtlichen Maaßregeln die Rede ist, welche den Zweck haben, einer Verarmung durch muthwillige Verschwendung vorzubeugen. Genug, so wie sich die Anordnung einer Curatel aus dieser Ursache rechtfertigen läßt, eben so müssen die Eltern für berechtigt gehalten werden, solchen Verbindungen durch Beschränkungen des Erbrechts der Kinder entgegen zu wirken [93]). Sonst aber kann die Lehre nicht gebilligt werden, wonach die Eltern mittelst Verfügungen dieser Art Ehen verbieten können, wenn dies geschieht um Schaden abzuwenden, nicht um zu strafen. Je häufiger hier Vorurtheile, Einseitigkeit und Befangenheit der Eltern mit ins Spiel zu kommen pflegen, desto eher muß der Richter sich veranlaßt fühlen, die auch von den Alten so hochgeachtete Freiheit in der

93) Vgl. oben Note 87, nr. b. a. E. — Uebrigens können hier, wie in dem vorigen Falle, auch solche Gründe eintreten, welche eine exheredatio notae causa rechtfertigen (s. oben §. 1424. S. 153—164, vgl. mit §. 1425. *b.* S. 227—241.); wo dann eine indirecte Zuwendung des Erbtheils, oder auch die Hinterlassung von Alimenten überall nicht nöthig ist.

Wahl des Ehegatten [94]) gegen willkührliche Beschränkungen in Schutz zu nehmen [95]).

Wenn übrigens Ulr. Zase [96]) und nach ihm Andere [97]) zu den Fällen der bona mente exheredatio auch noch den rechneten, wo ein im Cölibat lebender, mit reichen Einkünften versehener Sohn zum Besten seiner Geschwister in seine Enterbung einwilligte, und nur eine Erklärung im Testamente verlangte, daß die Ausschließung nicht ihm zur Beschimpfung oder zur Strafe geschehe, — so liegt hierbei offenbar eine Verwechslung der Begriffe zu Grunde. Die Giltigkeit dieses Testaments beruhte ja lediglich auf der Einwilligung des Notherben, nicht darauf, daß durch die Verfügung das eigne Beste desselben bezweckt und befördert würde. Ist Letzteres der Fall, so bedarf es der Einwilligung des Notherben ganz und gar nicht; ob er selbst eine solche Verfügung für eine wohlthätige Maaßregel hält, oder nicht (wie häufig genug der Fall seyn wird), dies ist vollkommen gleichgiltig [98]).

94) arg. L. 134. pr. in f. D. *de V. O.* (XLV. 1.).

95) Ich muß auch hier wieder daran erinnern, daß es den Eltern geradezu gestattet seyn kann, gewisse Ehen zu verbieten, oder wenn sie geschlossen sind, deshalb den Notherben von der Erbschaft ausschließen zu dürfen (s. Note 93.). Davon ist aber gegenwärtig nicht die Rede, sondern lediglich von der Möglichkeit, die Enterbung oder sonst eine Beschwerde für den Notherben enthaltende Verfügung dadurch zu rechtfertigen, daß sie zu seinem eignen Besten gereiche.

96) ad L. 1. §. 3. D. de V. et P. S. nr. 44. in f.

97) Lincke diss. cit. §. 19. nr. 2. Stryk l. l. §. IX. nr. IX.

98) „Non est dubium (heißt es bei Seneca de beneficiis

II) Anbelangend die Art der Verfügung, so kann

1) das Recht des Notherben nicht nur durch Enterbung, sondern auch durch bedingte Erbeinsetzung, Belastung mit einem Fideicommiß, oder auf andere Weise beschränkt werden [99].

2) Die Streitfragen über die Form dieser Verfügungen erledigen sich von selbst, wenn man mit Consequenz an folgenden Prinzipien festhält, a) daß das Recht der Novelle 115 auf die Enterbung aus guter Absicht nicht zu beziehen sey [100], b) daß aber die früher über Enterbung

Lib. V. c. 19. in f. u. c. 20.), quin beneficium sit, etiam invito prodesse — — — — —. Multa beneficia tristem frontem et asperam habeat, quemadmodum secare et urere ut sanes, et vinculis coercere. Non est spectandum, an doleat quis beneficio, *sed an gaudere debeat.*" — Vgl. Schulte diss. cit. §. 11.

99) S. oben S. 393. — Stryk cautel. testam. Cap. XVII. Membr. III. §. 3. Ayrer diss. cit. §. 21.

100) Ist man darin einverstanden, daß der Begriff und die Zulässigkeit einer bona mente exheredatio durch die Nov. 115. nicht aufgehoben worden sey, so ist es inconsequent, dennoch einzelne Vorschriften dieses Gesetzes hierauf anwenden zu wollen. Dennoch geschieht dies von Manchen (s. die folg. Note 2), und auch Zimmern trifft dieser Vorwurf der Inconsequenz, indem er zwar ein besonderes Recht der bona mente exheredatio oder praeteritio im neueren wie im älteren Rechte anerkennt, allein der Meinung ist, daß dies Recht mit den Bestimmungen der Novelle auf gewisse Weise in Einklang gebracht werden müsse, so nämlich, daß man den Notherben auf etwas ganz Unbedeutendes, allenfalls auf gar nichts einsetze (Archiv für civilist. Praxis Bd. VIII. S. 154 fg.). Allein eine Einsetzung auf gar nichts hat überall keine Wirkung (s. Bd. XXXV. des Comment.

oder Einsetzung geltenden und allgemein ausgesprochenen Grundsätze auch hierauf anzuwenden seyen, soferne sie nicht mit dem Zwecke solcher Verfügungen geradezu unverträglich sind. — Gegen einzelne Folgerungen aus diesen Prinzipien ließe sich zwar, an und für sich betrachtet, noch eins und das andere einwenden. Indessen bei einer Materie, wie die gegenwärtige, wofür unsere Rechtsquellen so gar wenig unmittelbare Entscheidungsgrundsätze darbieten, ist das einzige Mittel, endlosen Streitigkeiten und Verwirrungen vorzubeugen, daß man die allgemeinen Rechtsprinzipien mit Consequenz zur Anwendung bringt. — Daraus nun ergiebt sich denn

a) daß die Mutter eine förmliche Exheredation nicht nöthig hat [1]), sondern im mütterlichen Testamente auch eine praeteritio bona mente giltig ist [2]), keineswegs aber in dem des Vaters [3]):

§. 1421. *d.* S. 320—323.), und hält man einmal der Novelle wegen die Einsetzung des Notherben unbedingt für nothwendig, so muß man auch die in dem Gesetz für den Fall einer Einsetzung auf einen geringeren Theil angeordnete Ergänzungsklage eintreten lassen, mithin ein selbstständiges Recht der exheredatio bona mente ganz verwerfen.

1) Für ein besonderes Recht der b. m. exher. kann ich dies gar nicht einmal ansehen, da die Novelle zwar die Nothwendigkeit der Einsetzung auch für die Mutter vorschreibt, nicht aber auch förmliche Enterbung von derselben fordert; hatte sie also einen gesetzlichen Enterbungsgrund, so genügte die Anführung desselben (eine praeteritio adjecta causa, s. oben S. 230.). Indessen wegen der Streitigkeiten hierüber durfte der Satz nicht unerwähnt bleiben.

2) S. A. Merendae controv. jur. civ. Lib. IV. c. 25.

b) daß eine Verfügung dieser Art nicht in einem Codizill geschehen kann[4]). Denn in welcher Form sie auch erfolgen mag, immer liegt darin eine (reine oder bedingte Entziehung des Notherbenrechts[5]);

c) daß dagegen die Hinzufügung von Bedingungen oder Zeitbestimmungen, so wie die Einschränkung der Enterbung auf bestimmte Theile oder Summen hier wohl geschehen darf, indem das Gegentheil weder zu dem Grunde, noch zu dem Zwecke solcher Verfügungen passen würde: Alles ist hier nach den besonderen Umständen des Falls zu bestimmen, und so wie sich daraus das wirkliche Vorhandenseyn einer guten Absicht am ersten erkennen läßt, so muß es auch dem Testirer gestattet seyn, mit Berücksichtigung dieser Umstände die Mittel zur Erreichung seines Zwecks frei zu wählen.

3) Daß der Testirer dem Ausgeschlossenen jedenfalls die Alimente hinterlassen müsse, ist keinem Zweifel unterworfen. Ob er aber demselben nicht auch den Pflicht-

§. 4. *Luc. V. de* Poll de exher. et praeter. Cap. LXVII. §. 8. Das Gegentheil behaupten Reinharth diss. cit. §. 22. und Ayrer diss. cit. §. 17.

3) A. M. ist Frommann diss. cit. §. 5. p. 15 sq. S. dagegen Reinharth l. l. §. 16.

4) Denn der Grundsatz: codicillis hereditas neque dari, neque adimi potest (§. 2. J. *de Codicillis*, vgl. oben S. 213 fgg.) enthält ja durchaus nichts, was mit dem Wesen und dem Zwecke der b. m. exheredatio nicht vollkommen zu vereinigen wäre. — Vgl. die folg. Note.

5) Die Zuläßigkeit der b. m. exheredatio in Codizillen nehmen an Lincke diss. cit. §. 16. und Frommann diss. cit. §. 5. p. 20. S. dagegen Reinharth diss. cit. §. 30. und Schulte diss. cit. §. 12.

theil, wenigstens indirect und eventuell, zuzuwenden verbunden sey? ist eine Frage, die weder allgemein zu bejahen, noch zu verneinen, sondern nach den Umständen zu entscheiden ist [6]. In der Regel ist wohl die Nothwendigkeit einer solchen Zuwendung anzunehmen [7], so wie auch, daß, wenn der Notherbe Kinder hat, diese vor Dritten zu berücksichtigen sind, falls nicht besondere Gründe auch deren Ausschließung rechtfertigen [8].

4) Die meisten Rechtslehrer verlangen, daß der Testirer den Grund angebe, welcher ihn zu der Verfügung bewogen habe [9], und wohl mit Recht. Nicht als ob dies zur Form der Disposition gehöre — denn vor der Novelle 115 war ja die Anführung eines Enterbungs-

6) Die verschieden Ansichten hierüber s. man bei Lincke (l. l. §. 17—19; er zählt die verschiedenen Fälle auf, wo die Enterbung in perpetuum und wo sie nur ad tempus geschieht), Frommann diss. cit. §. 9—11. p. 36—38.

7) S. besonders Frommann l. l. p. 36. — Vgl. oben S. 426. 430. und dazu Note 49.

8) S. oben S. 429. und S. 444.

9) L. 3. §. 3. D. *de usur.* L. 16. §. 2. D. *de cur. fur.* — „addita causa necessitateque judicii sui." — Glück a. a. O. S. 262. u. die das. Note 51. 52. citirten Schriftsteller, denen noch beizufügen sind: Hufeland Lehrb. §. 1129. Meine doctrina Pand. §. 684. Valett a. a. O. S. 105. a. E. Haimberger jus Rom. priv. T. III. §. 331. in f. Mejer Bearbeitung von Schweppes Röm. Privatr. a. a. O. §. 963. a. E. — Die Gegner finden sich bei Glück a. a. O. Note 48. genannt. Zu ihnen gehört auch *Andr.* Alciatus praesumt. Reg. I. praes. II. und *Jo. a* Sande decis. Fris. Lib. IV. Tit. II. defin. III. — Auch das Preuss. Landr. erfordert die Angabe der Ursache Th. II. Tit. II. §. 422.

grundes zur förmlichen Giltigkeit des Testaments durchaus nicht nöthig —, sondern weil nur dadurch das Urtheil über den Rechtsbestand der Disposition eine bestimmte Grundlage und eine bestimmte Richtung erhält [10]). Doch muß die Angabe eines Grundes genügen, welcher im Allgemeinen wohl geeignet ist, eine solche Maaßregel zu veranlassen. Den besonderen Grund anzugeben, weshalb er z. B. die Anordnung einer Curatel nicht für genügend, oder den Notherben dadurch für gefährdet hält, hat er nicht nöthig. Es würde dies doch in manchen Fällen bedenklich erscheinen, und leicht ein Grund werden können, eine höchst zweckmäßige Maaßregel nicht anzuwenden; z. B. wenn der Vater Ursache hat, dem nächsten Agnaten, welchem allem Ansehen nach die Curatel übertragen werden wird, nicht zu vertrauen. Der Beweis der Wahrheit des Grundes liegt hier übrigens dem eingesetzten Erben ob [11]), soweit ein solcher Beweis überhaupt erforderlich ist [12]).

10) Dadurch wird denn auch die Controverse unnöthig: ob in dubio für eine exheredatio mala mente oder bona mente zu präsumiren sey? (s. Lincke diss. §. 21.). Hält man indessen auch die Anführung der Ursache für unnöthig, so wird man doch eine exheredatio notae causa annehmen müssen, wenn die Enterbung auch unter Zuwendung eines sehr beträchtlichen Vermächtnisses erfolgt wäre, aus den Umständen aber nicht erhellt, daß durch die Ausschließung das Beste des Notherben bezweckt sey. Frommann diss. cit. §. 6. p. 23. Reinharth l. l. §. 31.

11) Denn von dem Grundsatz des älteren Rechts: der Notherbe müsse beweisen, se immerentem esse exheredatum, kann hier keine Anwendung gemacht werden, da dieser sich nur auf die Ausschließung wegen Unwürdig-

III. Was endlich den subjectiven Umfang des Rechts der Enterbung aus guter Absicht anbetrifft, so läßt sich als die gemeine Meinung ansehen, daß alle Pflichttheilsberechtigte, also auch Ascendenten und Geschwister, selbst die überlebende Ehegattin in Ansehung der ihr gebührenden statutarischen Portion, auf diese Art von der Erbschaft ausgeschlossen, oder sonst in ihrem Notherbenrechte beschränkt werden können [13]. Nur in Ansehung der Geschwister bezweifeln Einige die Zulässigkeit einer bona mente exheredatio, weil der Vorzug einer turpis persona mit einer gutgemeinten Enterbung nicht wohl verträglich sey [14]. Indessen ist zu erwägen, daß unter den hier gemeinten turpes personae doch auch die mit einer levis nota Behafteten begriffen waren, z. B. die Freigelassenen (s. oben S. 384 Note 65 a. E.), welche des Vertrauens, das der Erblasser in ihre Redlichkeit und Fähigkeiten setzte, im hohen Grade würdig seyn konnten; und eben so verhält es sich mit den Personen, welche man jetzt zu den

keit bezog; ohnehin mußte ja der eingesetzte Erbe stets die im Testamente angeführten Enterbungsursachen beweisen. S. oben §. 1423. S. 126 fg. Vgl. insonderheit auch Glück a. a. O. S. 264—266.

12) Meistens wird ein solcher Beweis unnöthig seyn. Doch den Beweis der Prodigalität wird der Erbe nicht führen dürfen, da die bloße Versicherung des Vaters schon nach Röm. Recht schwerlich dazu genügte (S. oben S. 201.; am wenigsten wird man sich h. z. T. dabei beruhigen dürfen.

13) Lincke diss. cit. §. 9. 10. Frommann diss. cit. §. 7. p. 31 sqq. Reinharth diss. cit. §. 29. Schulte diss. cit. §. 15.

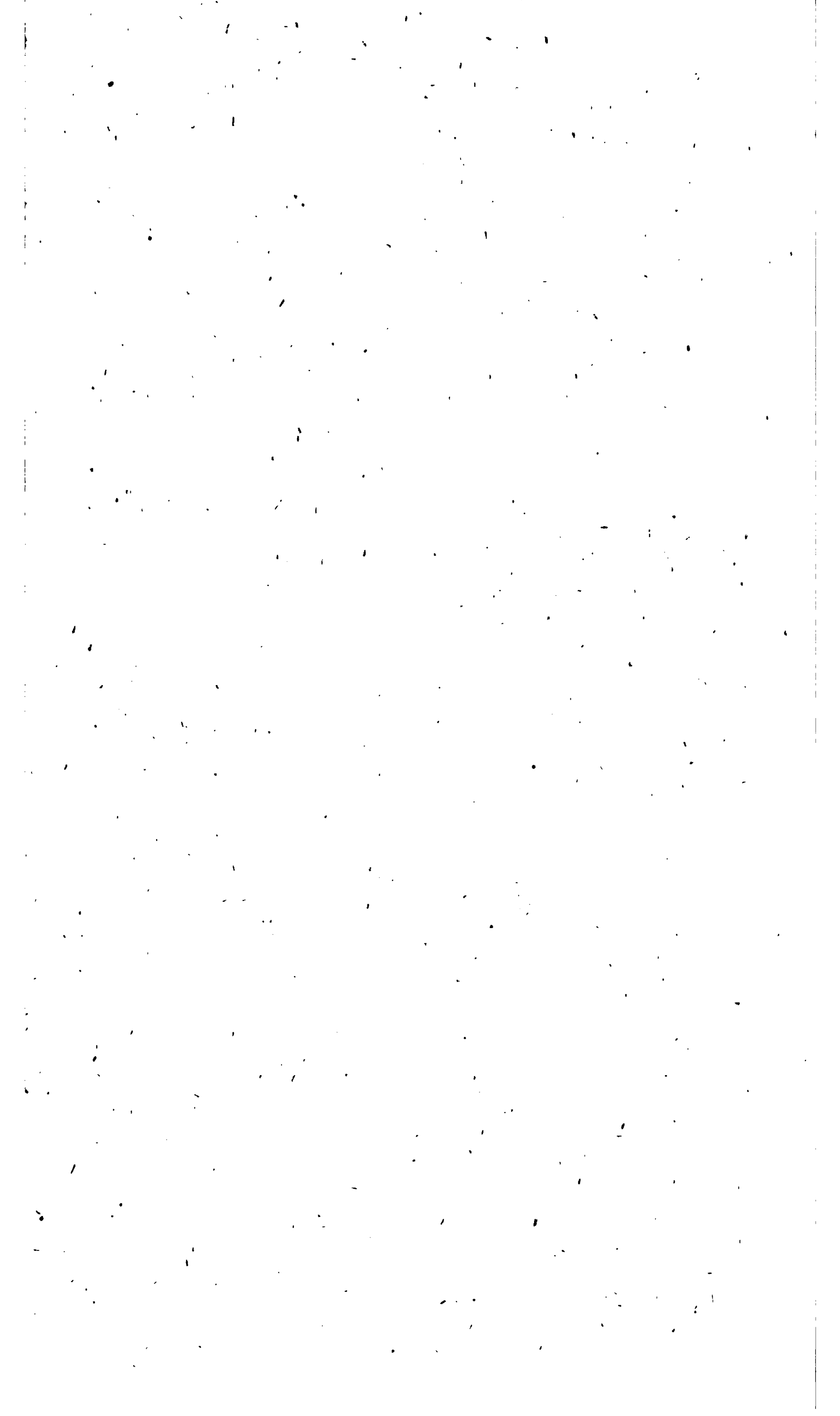
14) Glück a. a. O. S. 261. Nr. c. Ihm stimmt bei Valett a. a. O. S. 105.

Anrüchigen zu zählen pflegt [15]). Und selbst die personae infames kann man ja nicht durchgängig denen beigesellen, welche das Recht auf Achtung und wahre Ehre verwirkt haben [16]).

Mit der vorstehenden Darstellung ist die Lehre vom römischen Notherbenrecht für beschlossen anzusehen, soweit nicht die folgenden Titel noch zu einzelnen speziellen Erörterungen Veranlassung geben. Ehe wir indessen zu Tit. III. dieses Buchs übergehen, wird es zweckmäßig seyn zu zeigen, wie sich diese Lehre in den vorzüglicheren statutarischen und Particular-Rechten Deutschlands, worauf bisher nur eine beiläufige Rücksicht genommen werden konnte, gestaltet hat, und welche Bedeutung ihr für die deutschrechtlichen Erbverträge zukommt. Doch wird dies dem nächstfolgenden Bande vorbehalten bleiben müssen.

15) z. B. Kinder unehelicher Geburt. Glück im fünften Bande dieses Commentars §. 385. S. 210 fg. Mittermaier Grundsätze des gemeinen deutschen Privatrechts, §. 97. Nr. I. d. 4. Ausg.

16) z. B. diejenigen „qui artis ludicrae pronuntiandive causa in scenam prodierunt." — Es ist hier der Ort nicht, die heutige Anwendbarkeit dieser Bestimmung des Röm. Rechts zu untersuchen. Doch kann ich versichern, daß mir ein Fall vorgekommen ist, wo die Erbeinsetzung einer ehemaligen Schauspielerin wenigstens den Versuch veranlaßte, das Testament anzufechten. Es kann mithin die Möglichkeit, von der hier vorgetragenen Theorie Gebrauch zu machen, nicht bezweifelt werden.



Druckfehler und Verbesserungen zum 36. Bande.

Seite 25 Zeile 4 statt könne lies könnte.
— 26 Note 57 Z. 8 u. 12 st. romische l. römischen.
— 29 Note 62 Z. 4 ist sie wegzustreichen.
— 32 Z. 4 st. finden l. finde.
— 40 Z. 16 fgg. st. sondern von dem Vermögen — — — — berechnet wurde, l. sondern von dem gesammten Vermögen des Adrogators dem Unmündigen gebührte85).
— 41 Note 87 Z. 8 st. selten l. sind
— 58 letzte Zeile st. enthielt l. enthält.
— 72 Z. 14 st. bringen l. bringt.
— 97 Z. 14 st. Definitionen l. Distinctionen.
— 100 Z. 18 st. Definition l. Distinction.
— — Z. 22 l. seinen Intestaterbtheil.
— 150 Z. 16 st. anschlössen l. ausschließen.
— 155 Note 44 Z. 28 ist hinter ad h. l. das Zeichen) zu setzen, dies Zeichen aber ebendas. Z. 33 hinter suus est zu tilgen.
— 191 Z. 11 ist zu lesen: Gesetzt also auch, u. s. w.
— 199 Note 38 Z 5 st. L. 5. §. 2. l. L. 4. §. 2. D. *de hered. instit.*
— 208 Z. 1 st. perente l. parente.
— 213 Z. 10 st. Gestaltungsformel l. Gestattungsformel.
— 220 Z. 6 st. der l. des.
— 233 Z. 4 st. sie l. es.
— 247 Z. 19 fehlt vor dem Absatz das Zeichen 2) und st. dem l. den (also: 2) An den Schlußsatz ꝛc.)
— 252 Z. 25 st. nur l. uns.
— 275 Z. 19 st. Agnition l. Agnation.
— 298 Z. 16 st. S. 283. l. S. 279 fgg.
— 310 Note 81 Z. 2 st. T. II. l. T. I.
— 314 Z. 17 ist das Zeichen) hinter u. s. w. zu setzen.
— 320 Z. 10 st. s. oben Note 7 l. Note 70 S. 305.
— 321 Note 10 Z. 10 st. nur l. nun.
— 327 Note 18 Z. 21 ist bei *A.* Faber hinzuzufügen: Conject. IX. 14.
— 330 Note 21 Z. 3 st. Averranii l. Avebranii.
— 333 Z. 25 st. erwirkt l. erwirbt.
— 336 Note 38 Z. 9 st. *de legat. praest.* l. *de b. p. c. t.* und ebenso auf der folgenden Seite Note 39 Z. 12.
— 338 Note 42 a. E. ist hinzuzufügen: S. 394.
— 343 fg. Not. 58. Die hier vorgetragene Meinung ist berichtigt in diesem 37. Bande S. 99 Note 57.
— 344 Note 60 l. Vinnius ad pr. J. u. s. w.
— 348 Not. 75 a. E. st. S. 49. l. S. 329.
— 351 Z. 7 st. solche Einsetzung l. Erbeseinsetzung.
— 352 Z. 3 l. actio ad suppl. legitimam.
— 359 Note 11 Z. 9 hinter: an ist das Zeichen " zu setzen.
— 377 Z. 8 ist das Wort nichtig vor: Erbe zu tilgen.
— 385 Note 52 zu Anfang ist einzuschalten: L. 15. D. *de condit. instit.*
— 386 Z 11 st. omnia l. omni.
— 387 Note 61 Z. 2. st. eigentliche l. eigenthümliche.
— 415 Z. 16 st. demnach l. dennoch.
— 419 Z. 4 st. *ab* l. *al.*

Andere Fehler (z. B. daß mehrmals Franke statt Francke gesetzt, von Hugo Rechtsgeschichte zwar stets die eilfte Auflage citirt, aber

einige Male die 10te genannt, endlich nicht immer genau bei Setzung der Parenthesen und Interpunctionszeichen verfahren ist,) wird der geneigte Leser selbst verbessern.

Druckfehler und Verbesserungen zum 37. Bande

Seite 13 Note 23 Z. 8 st. Raevertus l. Raevardus.
— 15 Not. 26 st. Bd. XXXV. l. Bd. XXXVI.
— 39 Not. 84 Z. 19 st. ligatariis l. legatariis.
— 47 Not. 7 Z. 13 st. ex dicto l. ex edicto.
— 80 Z. 8 st. nur l. nun.
— 86 Z. 2 l. zu halten ist?
— 141 Z. 9 st. das l. es.
— 142 Not. 35 Z. 2 l. richtig: „diese u. s. w.
— 146 Z. 12. st. alten l. allen.
— 147 Z. 3 st. verkehrt l. verkehre.
— 178 Note 48 Z. 8 st. sie l. ihn.
— 185 Z. 23 l. Ob aber auch u. s. w.
— 187 ist zu Z. 8 hinzuzufügen: (s. übrigens die nicht glossirte Nov. 123. cap. 41.)
— 191 Z. 21 st. derer l. deren.
— 195 Z. 21 st. wann l. wenn.
— 200 Z. 7 l. erhaltene Prämisse.
— 223 Z. 9 st. eintrete l. einträte.
— 227 Note 35 a Z. 1 st. zeigt l. rügt.
— 233 Z. 11 von unten st. unerlaubte l. unzulässige.
— 254 Note 94 Z. 3 l. Ich kenne diese Schrift nicht aus eigner Ansicht.
— 269 Z. 9 st. erwirkt l. erwirbt.
— 271 Z. 11 st. aber l. dann.
— 273 Z. 9 ist hinter darf[80]) statt des Comma ein Fragzeichen zu setzen.
— 284 Z. 8 st. auch l. noch.
— 285 Z. 15 st. angemassen l. angemessen.
— 286 Z. 14. 15 l. Daß — — — wegfallen,
— 287 Z. 6 st. seiner Intestaterben l. der Intestaterben des Testirers.
— — Z. 12 st. solle l. sollen.
— 288 Note 54 a Z. 19 l. darf dagegen hier u. s. w.
— 300 Z. 8 st. Annäherungen l. Abweichungen.
— 302 Z. 24 st. und Ascendenten l. und anderer mütterlicher Ascendenten.
— 304 Not. 82 Z. 4 st. haben l. habe.
— 309 Z. 19 st. opposita l. apposita.
— 310 Z. 1 st. nach l. noch.
— — Note 97 Z. 10 st. sollen l. sollten.
— 311 Z. 10 st. in l. im.
— 313 Z. 20 st. Novelle l. Authentike.
— 320 Not. 33 Z. 3 st. immentatum l. immutatum.
— — — Z. 5 st. etiam l. etiamsi.
— 330 Z. 4 st. Schmidt l. Schneidt u. ebenso in der N. 61 Z. 2.
— 338 Note 80 Z. 10 st. erklärte l. erklärten.
— 348 Z. 5 st. ertheilt l. enthält.
— 364 Z. 10 von unten st. kann l. könne.
— 366 Z. 8 u. 11 st. die Regel — — — könne l. die Regeln — — — können.

Seite 368 Z. 23 hinter die setze das Zeichen:
— 369 Z. 12 fg. muß es st. einiges Bedenken heißen: einige Bemerkungen.
— 377 Z. 8 del. sich.
— 378 Z. 6 del. allein.
— — Note 54 st. Umschrift l. Vorschrift.
398 Z. 18 del. sich.
— 403 Z. 17 st. derer l. deren.
— 408 Z. 6 st. seltnern l. seltnere.
— 427 in der Schlußzeile st. des Testirers l. den Testirer.
— 435 Z. 12 st. dann l. denn.
— 438 Z. 8 st. bisweilen l. beiweitem.
— 441 Z. 5 st. Lynillus l. Cyrillus.
— 442 Z. 12 st. excludandam l. excludendam.
— — Z. 20 st. dürfte l. dürfe.
— 443 Z. 11 st. genennt l. genannt.
— 445 Z. 28 entschiedensten l. bestimmtesten.
— 447 Note 78 st. Beichard l. Reinhard.
— 453 Z. 11 st. möge — — — folgenden l. mögen — — — folgenden.
— 455 Z. 2 st. Versorglichkeit l. Vorsorglichkeit.
— 456 Note 90 ist hinter bona mente hinzuzusetzen: exheredatio.
— 462 Note 6 Z. 1 st. verschieden l. verschiednen.



